



المعارج

في

شرح المختصر النافع

تأليف

العلامة جمال الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن فهد المحلي

٧٥٧-٨٤١ هـ

محقق: الحجة الشيخ مجتبیٰ العرفی

الجزء الرابع

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة

كتاب اللعان

جب اذا تزوج عبد غير مملوك فعلى الاول نكح على امره كذا ما جرت به عادة العرب ولذا هو مشهور
 عن الاب برفقه وعلى الثاني نكح على العبد ومحلها ما تقدم ذكره المصنف عن وطى الشبه
 مع الجمل نكح لها الاتفاق على الاول للمحقق الولد به دون الثاني لان المصنف لم يسلط
 المطلقة الثاني لا مطلقته البائنة لولا ان الجمل لم ينفذ في نكاحه وجب الاول
 على الاول دون الثاني لما قلناه في تزويج جارية وشروط مولاها ذلك الولد فعلى
 الاول المنفعة على سيدها وعلى الثاني على الزوج ر - لو تزوج عبد نكح وشروط مولاة
 ر - الولد فعلى الاول المنفعة على سيد العبد وعلى الثاني في كسبه لو طلق الناصر
 رجعا او فرت في الغنى كما لو سافر فرت بغير اذنه سقطت بنتها ولو كانت حائلا وقلنا
 المنفعة للرجل لا تسقط لا نكح فطرها على الاول لعدم وجوبها عن الحنف ونكحت
 عن الثاني لوجوبها عن زوجها نكح لها الاتفاق في رجاءات تراها وفي خلاف الكبار والامهات
 ترددوا شبه الزوم اقول البرد من المصنف رحمه الله ونشأ تردده ان اب الاب هارط
 عليه اسم الاب حينئذ املا والثاني هو الوضع اللعوب والاضل عدم النفل وتراه الذمية
 من وجوب الاتفاق الابعى موضع التبين والاول مدح السيد والمشهور بين الاصحاب
 وجوب الاتفاق ولا اعرف فيه مخالفا ولا موافقا والحمد لله وحده وصلى الله على محمد وآله

ما منها البيان للبحر في الاول نكح للعبد
 على يد المصنف العباد واجزاهم
 الى ثمن وعن كذا في فضل
 ابن فضل في كل المودع تجاوز الله قدره في ذلك
 عن سبائه وقد وافق النزاع في كتابه
 في حاجته فان اجمعه عن شتم سوا حنم اربع وليس رماها به هلا في
 بالبحر والاقبال في شتمه بل هلا في شتمه
 لله وحده وصلى الله على محمد وآله وشتمه
 وعن راحة
 حاله في كل
 يومين ناجيه في قسمه
 لله وحده وصلى الله على محمد وآله

ليث ولسين
 وثمانه مائة

تنبيه: يمتاز هذا الجزء والذي يليه بمقابلته مع نسخة نفيسة مضبوطة المتن جيدة الخط والتي قولت مع
 نسخة بخط المصنف، كما تشهد الصورة الفوتوغرافية أعلاه على ذلك. تفضل بها علينا سماحة
 الحجة الشيخ محمد الكلبايكاني. وبعد المقابلة أدرجنا الموارد الصحيحة وهي كثيرة في المتن
 وبعض الموارد التي رأينا فيها تفاوت إدراجها في الهامش ورمزنا لها بـ «كل».

كتاب اللعان

والنظر في أمور أربعة.

(الأول) : السب ، وهو أمران.

(الأول) : قذف الزوجة بالزنا مع ادعاء المشاهدة وعدم البينة. ولا يثبت لو قذفها في

عدة بائمة ، ويثبت لو قذفها في رجعية.

كتاب اللعان

مقدمة

اللعان مشتق من اللعن ، وهو الطرد والابعاد ، يقال : لعن الله فلانا أي أبعداه وطرده
فسمى المتلاعنان بهذا الاسم لما يتعقب اللعن من المآثم والابعاد ، والطرده وزوال الفراش ،
وثبوت التحريم المؤبد ، ويقال : التعن الرجل إذا انفرد باللعان ، ولاعن إذا لاعن زوجته
والتعنا وتلاعنا إذا فعلا اللعان ، ورجل لعنة بضم اللام وفتح العين ، إذا كان يلعن الناس ،
ورجل لعنة بسكون العين إذا كان يلعنه الناس ، ومنه قوله صلى الله عليه وآله : اتقوا الملاعن
(١) أي البول على ظهر

(١) سنن ابن ماجه : ج ١ (٢١) باب النهي عن الخلاء على قارعة الطريق ص ١١٩ الحديث ٣٢٨

الطرقات ، لأن من فعل ذلك لعنه الناس .
 وورد به الشرع بين الأزواج بعد استقرار حد الزنا وثبوت حد القذف على العموم
 والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾^(١) .

فبين بهذه الآية لعان الرجل ، ثم بين بعدها لعان المرأة ، فقال تعالى ﴿وَيَذَرُهَا عَنِهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾^(٢) .

فبين بهاتين الآيتين كيفية اللعان وترتيبه .

وأما السنة ففي قضيتين .

(الأول) قضية هلال بن أمية ، فإنه قذف زوجته بشريك بن السحماء ، فقال النبي صلى الله عليه وآله : البينة والّا حدّ في ظهرك ، فقال يا رسول الله : يجد أحدنا مع امرأته رجلا يلتمس البينة؟! فجعل رسول الله صلى الله عليه وآله يقول : البينة والّا حدّ في ظهرك ، قال : والذي بعثك بالحق انني لصادق وسينزل الله فيّ ما يبرئ ظهري من الحد ، فنزل قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ الآية فلاعن رسول الله صلى الله عليه وآله بينهما^(٣) .

(الثاني) عويم العجلاني ، وقيل : عويمر أتى النبي صلى الله عليه وآله فقال :

ولفظه (اتقوا الملاعن الثلاث البراز في الموارد والظل وقارة الطريق) .

(١) سورة النور / ٦ - ٧ - ٨ - ٩ .

(٢) سورة النور / ٦ - ٧ - ٨ - ٩ .

(٣) سنن البيهقي : ج ٧ ص ٣٩٣ باب الزوج يقذف امرأته ، فيخرج من موجب قذفه بأن يأتي بأربعة شهود إلخ .

(الثاني) إنكار من ولد على فراشه لسته أشهر فصاعدا من زوجة موطوءة بالعقد الدائم ، ما لم يتجاوز أقصى الحمل. وكذا لو أنكره بعد فراقها ولم تتزوج ، أو بعد ان تزوجت وولدت لأقل من ستة أشهر منذ دخل.

(الثاني) في الشرائط ، ويعتبر في الملاعن البلوغ وكمال العقل. وفي لعان الكافر قولان : أشبههما الجواز ، ^(١) وكذا المملوك.

يا رسول الله أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلا أيقنته فيقتلونه؟ أم كيف يصنع؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فأت بها ، فجاء بها ، فتلاعنا ^(١).

والآية نزلت في قضية هلال ، وقوله عليه السلام في القضية الثانية : أنزل فيك وفي صاحبك ، أراد عليه السلام أنه سبحانه بيّن حكم الواقعة بما أنزل في مثلها ، والحكم على الواحد حكم على الجماعة ، لما ثبت في موضعه.

وأما الإجماع : فلا خلاف بين الأمة في مشروعيته ، وإن اختلفوا في آحاد مسائله.

قال طاب ثراه : وفي لعان الكافر قولان : أشبههما الجواز.

أقول : المراد بالكافر الأعم من الزوج والزوجة ، لأن كل واحد منهما يلعن صاحبه. ويتصور اللعان من الكافر في ثلاث صور.

(أ) أن يكونا ذميّين ويترافعان إلينا.

(ب) أن يكون الزوج مسلما والمرأة ذمية.

(ج) العكس.

(١) سنن البيهقي : ج ٧ ص ٣٩٩ باب سنة اللعان ونفى الولد والحاقه بالأم وغير ذلك. وفي سنن أبي داود ج

في صورة إسلامها تحت الذمي ، ثم تأتي بولد تلحقه شرعا فينكره ، فهل يثبت اللعان في هذه الصورة أم لا؟ فيه ثلاثة مذاهب.

(أ) لا يثبت مطلقا ، لأن اللعان شهادة ، لقوله تعالى ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ ، ولأنه يفتقر الى لفظ الشهادة ، ويشترط في الشاهد الإسلام.

ولصحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام قال : لا يلاعن الحر الأمة ، ولا الذمية ، ولا التي تمتع بها ^(١).

وهو مذهب المفيد ^(٢) وتلميذه ^(٣) وأبي علي ^(٤).

(ب) ثبوته مطلقا ، لعموم الآية.

ولحسنة جميل عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الحر بينه وبين المملوكة لعان؟

فقال : نعم وبين المملوك والحرّة ، وبين العبد والأمة ، وبين المسلم واليهودية والنصرانية ولا يتوارثان ولا يتوارث الحر والمملوكة ^(٥) وهو مذهب الشيخ في الثلاثة ^(٦) ^(٧) ^(٨)

(١) التهذيب : ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٨٨ الحديث ١٢ .

(٢) المقنعة : باب اللعان ص ٨٤ س ٢٤ قال : ولا لعان بين المسلم والذمية ولا بين الحر والأمة إلخ.

(٣) المراسم : اللعان ص ١٦٤ س ٣ قال : ولا لعان بين المسلم والذمية ولا بين الحر والأمة إلخ.

(٤) المختلف : الفصل الخامس في اللعان ص ٥٤ س ٣٦ قال : وقال ابن الجنيد : الى قوله : فان كانت الزوجة ذمية لم يكن بينهما لعان.

(٥) التهذيب : ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٨٨ الحديث ١١ .

(٦) المبسوط : كتاب اللعان ص ١٨٢ س ١٨ قال : يصح اللعان بين كل زوجين مكلفين من أهل الطلاق سواء كانا إلخ.

(٧) كتاب الخلاف : كتاب اللعان مسألة (٢) قال : اللعان يصح بين كل زوجين مكلفين من أهل الطلاق سواء كانا إلخ.

(٨) النهاية : باب اللعان والارتداد ص ٥٢٣ س ٢ قال : وإذا كان الزوج الى قوله : أو يكون الرجل حرا والمرأة مملوكة ثبت بينهما اللعان.

.....

وبه قال الصدوق ^(١) والقاضي ^(٢) واختاره المصنف ^(٣) والعلامة ^(٤).
وأجابوا عن الأول : بالمنع من كونه شهادة ، بل إيمان لوجوه أربعة.
افتقاره الى ذكر اسم الله ، واستواء الذكر والأنثى فيه ، والعدل والفاسق ، والبصير والأعمى.

وقد يسمى اليمين شهادة كما في قوله تعالى ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ ^(٥)
وعن الحديث بالمعارضة لغيره وحمله على كونها مملوكة.

(ج) التفصيل : وهو ان اللعان إذا كان لنفي الولد صح حرمة الولد ، سواء كانا
كافرين أو أحدهما من أهل الشهادة أو الجزية ، أو لا ، وان كان للقذف لا يصح ، لان
اللعان لإسقاط الحد ، ولا يجب الحد بقذف المسلم الكافر ، بل التعزير خاصة ، وهو
مذهب ابن إدريس ^(٦) والشيخ في الاستبصار ^(٧).
اعتمادا على ما رواه إسماعيل بن زياد عن الصادق وعن الباقر عليهما السلام

(١) المتنوع : ص ١٢٠ س ١٦ قال : ويكون اللعان بين الحرة والمملوك وبين العبد والأمة وبين المسلم واليهودية
والنصرانية.

(٢) المهذب : ج ٢ ، كتاب اللعان والارتداد ص ٣٠٩ س ٤ قال : وان كانت له امرأة يهودية أو نصرانية ثبت
اللعان بينهما.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف : الفصل الخامس في اللعان ص ٥٥ س ٩ قال : والوجه ما قاله الشيخ.

(٥) سورة المنافقون / ١ .

(٦) السرائر : باب اللعان والارتداد ص ٣٣٠ س ١٠ قال : منها ان يكونا مكلفين سواء كانا أو واحد منهما
من أهل الشهادة أو الجزية أم لا ، إذا كان اللعان بنفي الولد ، فاما إذا كان اللعان بزنا إلخ.

(٧) الاستبصار : ج ٣ ، أبواب اللعان (٢١٦) باب ان اللعان يثبت بادعاء الفجور وان لم ينتف الولد ، ص
٣٧٥ ذيل الحديث ١٠ قال بعد نقل الحديث : والأخر أن بمجرد القذف لا يثبت اللعان بين اليهودية والمسلم ولا
بينه وبين الأمة إلخ.

وفي الملاعنة البلوغ ، وكمال العقل ، والسلامة من الصمم والخرس ، ولو قذفها مع أحدهما بما يوجب اللعان حرمت عليه. وان يكون عقدها دائما. وفي اعتبار الدخول قولان ، المروي انه لا يقع قبله ، وقال ثالث بثبوتة بالقذف دون النفي للولد.

ان عليا عليه السلام قال : ليس بين خمس نساء وأزواجهن ملاعنة. اليهودية تكون تحت المسلم فيقذفها ، والنصرانية والأمة تكون تحت الحرّ فيقذفها ، والحرّة تكون تحت العبد فيقذفها ، والمجلود في الفرية ، لأن الله تعالى يقول ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾^(١) والخرساء ليس بينها وبين زوجها لعان ، انما اللعان باللسان^(٢).

قال الشيخ : والوجه حمله على التقية ، لأنه مذهب لبعض العامة ، فإنه^(٣) لا يثبت بمجرد القذف ، لاختصاصه بوجوب حد الفرية مع امتناعه عن الملاعنة ، ولا يثبت ذلك بين المسلم واليهودية بل التعزير خاصة ، فكأن اللعان يثبت بين هؤلاء لنفي الولد لا غير. قلت : وفي هذه الرواية شاهد على ان اللعان شهادات.

قال طاب ثراه : وفي اعتبار الدخول قولان : المروي انه لا يقع قبله ، وقال ثالث : بثبوتة بالقذف دون نفي الولد.

أقول : اعتبار الدخول مذهب الشيخ في النهاية^(٤) وتبعه القاضي^(٥) وابن

(١) سورة النور / ٤ .

(٢) الاستبصار : ج ٣ ، أبواب اللعان (٢١٦) باب ان اللعان يثبت بادعاء الفجور وان لم ينتفي الولد ص ٣٧٥ الحديث ١٠ .

(٣) في (كل) أو أنه.

(٤) النهاية : باب اللعان والارتداد ص ٥٢٢ س ١٩ قال : ولا يكون اللعان بين الرجل وامرأته إلا بعد الدخول.

(٥) المهذب : كتاب اللعان والارتداد ، ص ٣٠٩ س ٢ قال : وإذا قذفها قبل الدخول بما لم يكن لعان.

حمزة^(١) وابن زهرة^(٢) وهو ظاهر أبي علي^(٣).
ومستنده موثقة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته ، ولا يكون اللعان إلا لنفي الولد^(٤).
وروى محمد بن مضارب قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل لاعن امرأته قبل ان يدخل بها؟ قال : لا يكون ملاعنا حتى يدخل بها ، يضرب حدا وهي امرأته ويكون قاذفا^(٥).

وعدم اعتباره مذهب بعض الأصحاب ، ومأخذه عموم قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾^(٦).

والتفصيل مذهب ابن إدريس^(٧) واستحسنه العلامة في المختلف^(٨) واختاره فخر المحققين^(٩).

-
- (١) الوسيلة : في بيان احكام اللعان ص ٣٣٦ س ١٦ قال في شرائط اللعان : والمرأة مدخولا بها إلخ.
(٢) الغنية : (في جوامع الفقهية) ص ٦١٥ س ١٩ قال في شرائط اللعان : ومنها ان تكون الزوجة مدخولا بها.
(٣) المختلف : الفصل الخامس في اللعان ص ٥٥ س ٣٢ قال : وقال ابن الجنيد الى قوله : قد كان بينهما دخول.
(٤) الاستبصار : ج ٣ (٢١٦) باب ان اللعان يثبت بادعاء الفجور وان لم ينف الولد ص ٣٧١ الحديث ٤.
(٥) التهذيب : ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٧ الحديث ٥١.
(٦) سورة النور / ٣.
(٧) السرائر : باب اللعان والارتداد ص ٣٣٠ س ٢٣ قال : والأظهر الأصح ان اللعان يقع بالمدخول بها وغير المدخول بها هذا إذا كان يقذف من يدعى المشاهدة ، فاما إذا كان بنفي الولد والحمل فلا يقع اللعان بينهما بذلك إلخ.
(٨) المختلف : في اللعان ص ٥٦ س ٢ قال : والتفصيل الذي ذكره ابن إدريس حسن لا بأس به.
(٩) الإيضاح : ج ٣ ، الفصل الثاني في الملاعنة ص ٤٤٤ س ١٧ قال بعد نقل ابن إدريس : والتفصيل حسن لكن نقله عن الأصحاب صلح من غير تراضي الخصمين.

ويثبت بين الحر والمملوكة ، وفيه رواية بالمنع ، وقول ثالث بالفرق. ويصح لعان الحامل لكن لا يقام عليها الحد حتى تضع.

(الثالث) الكيفية : وهو ان يشهد الرجل أربعاً بالله ، انه لمن الصادقين فيما رماها به ، ثم يقول : ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ثم تشهد المرأة أربعاً انه لمن الكاذبين فيما رماها به ، ثم تقول : ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين.

والواجب فيه النطق بالشهادة ، وان يبدأ الرجل بالتلفظ باللفظ العربي مع القدرة. والمستحب ان يجلس الحاكم مستدبر القبلة ، وان يقف الرجل عن يمينه ، والمرأة عن يساره ، وان يحضر من يسمع اللعن. ووعظ الرجل بعد الشهادة قبل اللعن ، وكذا المرأة قبل ذكر الغضب.

قال طاب ثراه : ويثبت بين الحر والمملوكة ، وفيه رواية بالمنع ، وقول ثالث بالفرق.

أقول : بالثبوت قال الشيخ في الكتب الثلاثة ^(١) ^(٢) ^(٣) وهو مذهب أبو علي ^(٤)

(١) كتاب الخلاف : كتاب اللعان مسألة (٢) قال : وكذلك بين الحرين والمملوكين واحد هما حرّ والأخر مملوك.

(٢) النهاية : باب اللعان والارتداد ص ٥٢٣ س ٢ قال : أو يكون الرجل حراً والمرأة مملوكة ثبت بينهما اللعان.

(٣) المبسوط : ج ٥ كتاب اللعان ص ١٨٢ س ١٨ قال : يصح اللعان إلى قوله : أو أحدهما حرّ والأخر مملوك.

(٤) المختلف : في اللعان ص ٥٤ س ٣٦ قال : وقال ابن الجنيّد : إلى قوله : سواء كانا حرين أو أحدهما مملوك.

.....

والصدوق ^(١) والتقي ^(٢).

وبالمنع قال المفيد ^(٣) وتلميذه ^(٤).

وبالتفصيل قال ابن إدريس ، فأثبتته لنفي الولد دون القذف ^(٥).

احتج الشيخ بعموم الآية وبحسنه جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الحرّ بينه وبين المملوكة لعان؟ فقال : نعم ، الحديث ^(٦).

احتج المفيد بصحيفة ابن سنان عنه عليه السلام قال : لا يلاعن الحر الأمة الحديث ^(٧) وحمل على المنكوحة بالملك.

لصحيفة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن الحرّ يلاعن المملوكة؟ قال : نعم إذا كان مولاهما زوجه إياها ^(٨).

واحتج ابن إدريس بكون ما ذهب اليه جمعا بين الأقوال ، ولأن اللعان لإسقاط الحد ، ولا حد بقذف الأمة بل التعزير ^(٩) واختاره فخر المحققين ^(١٠).

(١) المنع : باب الطلاق ص ١٢٠ س ١٦ قال : ويكون اللعان بين الحرة والمملوك.

(٢) الكافي : فصل في اللعان ص ٣٠٩ س ٢ قال : اللعان ان يقذف الرجل حرا كان أو عبدا زوجته حرة كانت أو أمة.

(٣) المقنعة : باب اللعان ص ٨٤ س ٢٤ قال : ولا لعان بين المسلم والذمية ولا بين الحر والأمة.

(٤) المراسم : اللعان ص ١٦٤ س ٣ قال : ولا لعان بين المسلم والذمية ولا بين الحر والأمة.

(٥) السرائر : باب اللعان والارتداد ص ٣٣٠ س ١٤ قال بعد نقل قول المفيد والشيخ : ويمكن العمل بقول كل واحد منهما إلخ.

(٦) التهذيب : ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٨٨ الحديث ١١.

(٧) التهذيب : ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٨٨ الحديث ١٢.

(٨) التهذيب : ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٨٨ الحديث ١٣.

(٩) تقدّم آنفا.

(١٠) الإيضاح : ج ٣ في الملاعنة ص ٤٤٥ س ٢٠ قال : ووجه تفصيل ابن إدريس انه جمع بين الاخبار وهو الأصح عندي.

(الرابع) في الاحكام وهي أربعة.

(الأول) يتعلق بالقذف وجوب الحدّ على الزوج ، وبلعانه سقوطه وثبوت الرجم على المرأة ان اعترفت ، أو نكلت ، ومع لعانها سقوطه عنها وانتفاء الولد عن الرجل وتحريمها عليه مؤبدا ولو نكل عن اللعان ، أو اعترف بالكذب ، حدّ للقذف.

(الثاني) لو اعترف بالولد في أثناء اللعان لحق به وتوارثا وعليه الحد. ولو كان بعد اللعان لحق به وورثه الولد ولم يرثه الأب ومن يتقرب به ، وترثه الام ومن يتقرب بها ، وفي سقوط الحد هنا روايتان ، أشهرهما : السقوط.

قال طاب ثراه : وفي سقوط الحدّ هنا روايتان ، أشهرهما : السقوط.

أقول : يريد إذا اعترف الأب بالولد بعد لعانه ، هل يجب عليه حد الفرية لتحقيق كذبه؟ فيه قولان : لا ، قاله الشيخ في النهاية ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة في المختلف ^(٣) والإرشاد ^(٤).

لرواية الحلبي عن الصادق عليه السّلام في رجل لاعن امرأته وهي حبلى ، ثمّ

(١) النهاية : باب اللعان والارتداد ص ٥٢١ س ١٧ قال : والأظهر ما ذكرناه أولا : انه لأحد عليه بعد مضي اللعان.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : كتاب الفرائض في ميراث ولد الملائنة ص ١٩٢ س ٢١ قال : تذييب هذا المكذب نفسه بعد انقضاء اللعان هل يجب عليه الحد؟ إلى أن قال بعد نقل قول الشيخ : والوجه ما قاله الشيخ لان اللعان يسقط الحد إلخ.

(٤) الإرشاد : ج ٢ كتاب الفراق ص ٦٢ س ١٧ قال : وان أكذب بعد اللعان الى قوله : والأقرب سقوط الحد.

ادعى ولدها بعد ما ولدت وزعم انه منه ، فقال : يردّ اليه الولد ، ولا تحل له لأنه قد مضى التلاعن^(١).

وهو يدل على نفي الحد ، لأنه لو وجب لتأخر البيان عن وقت الحاجة ، وفي قوله : (قد مضى التلاعن) دلالة عليه ، لان مضيّه وصحته يقتضي ترتب اثاره عليه ، ومن جملتها نفي الحدّ ، خرج الولد بالنص والإجماع وصونا له عن الضياع ، فيبقى الباقي على أصله. نعم قاله الشيخ في المبسوط^(٢) والمفيد^(٣) والحسن^(٤) واختاره العلامة في القواعد^(٥) وفخر المحققين في الإيضاح^(٦) لأن الرواية لا تدل على نفي الحدّ لجواز انتفائه بسبب عدم تمكن الامام منه ، ولأن في اللعان تأكيداً للقدف وتكراراً واشتهار ، فكان أولى بإيجاب الحدّ ، لأنه أقرّ بأنه كذب فيه.

ولما رواه محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألت عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه ، هل يردّ عليه ولده؟ فقال : إذا

(١) التهذيب : ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٢ الحديث ٣١.

(٢) المبسوط : ج ٥ كتاب اللعان ص ١٨٨ س ٣ قال : بعد بيان حكم الأخرس : وهكذا الحكم في الناطق إذا لاعن ثم أكذب نفسه فإنه يلزمه الحدّ.

(٣) المقنعة : باب اللعان ص ٨٤ س ٢٥ قال : ومتى جحد الرجل ولده من الحرّة ولاعنها ثم رجع الى قوله : ضرب حدّ المفترى.

(٤) المختلف : كتاب الفرائض ، في ميراث ولد الملاعنة ص ١٩٢ س ٢٢ قال : وقال ابن أبي عقيل : يجب عليه الحدّ.

(٥) القواعد : في اللعان ، المقصد الثالث في الأحكام ص ٩٤ س ٤ قال : ولو أكذب نفسه الى قوله : وفي ثبوت الحد عليه روايتان أقربهما الثبوت.

(٦) الإيضاح : ج ٣ كتاب اللعان ص ٤٥٣ س ٩ قال بعد نقل الروايات : فكان أولى بإيجاب الحد الى قوله : وهذا هو الأقوى عندي إلخ.

ولو اعترفت المرأة بعد اللعان بالزنا لم يثبت الحد ، الا أن تقر أربعاً على تردد.

أكذب نفسه جلد الحد ، وردّ عليه ابنه ، ولا ترجع عليه امرأته أبداً^(١) وهي صريحة في إثبات الحدّ. وحملها الشيخ في التهذيب على حصول الإكذاب قبل تمام اللعان^(٢). وأخر الخبر يدفعه بقوله : (ولا ترجع عليه امرأته أبداً).

قال طاب ثراه : ولو اعترفت المرأة بعد اللعان بالزنا لم يثبت الحد الا ان تقر أربعاً على تردد.

أقول : وجوب الحد عليها بعد إقرارها أربعاً ، هو المشهور بين الأصحاب ، لعموم وجوب الحدّ على كل من أقر على نفسه بالزنا أربعاً ، وبه قال الشيخ في النهاية^(٣) وتلميذه عبد العزيز^(٤) وقطب الدين الكيدري^(٥) وابن إدريس^(٦) ويحيى بن سعيد^(٧)

وتردد المصنف هنا وفي شرائعه^(٨) نظراً الى عموم قوله تعالى ﴿وَيَذَرُهَا عَنْهَا

(١) التهذيب : ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٤ الحديث ٤٠.

(٢) قال في التهذيب : بعد نقل الحديث : قوله عليه السّلام في هذا الخبر (ويجلد) المراد به إذا كذب نفسه قبل ان يمضي اللعان إلخ.

(٣) النهاية : باب اللعان والارتداد ، ص ٥٢١ س ٢٠ قال : فان اعترفت بالفجور بعد مضى اللعان الى قوله : الا ان تقر أربع مرات إلخ.

(٤) المهذب : ج ٢ كتاب اللعان والارتداد ص ٣٠٨ س ٧ قال : وان اعترفت المرأة بالفجور الى قوله : الا ان تقر على نفسها بالفجور أربع مرات.

(٥) لم أعثر عليه.

(٦) السرائر : باب اللعان والارتداد ، ص ٣٣١ س ١١ قال : فان اعترفت بالفجور بعد مضى اللعان الى قوله : الا ان تقر أربع مرات إلخ.

(٧) الجامع للشرائع : باب اللعان ص ٤٨١ س ١ قال : وان اعترفت بالزنا بعد اللعان لم تحد حتى تقر أربع مرات.

(٨) الشرائع : كتاب اللعان ، في الاحكام قال : ولو اعترفت بعد اللعان الى قوله : وفي وجوبه معها تردد ولاحظ عبارة النافع أيضاً.

(الثالث) لو طلق فادعت الحمل منه فأنكر ، فإذا أقامت بينة انه أرخى عليها الستر لاعنها وبانت منه ، وعليه المهر كاملا ، وهي رواية على بن جعفر عن أخيه ، وفي النهاية : وان لم تقم بينة لزمه نصف المهر ، وضربت مائة سوط ، وفي إيجاب الجلد اشكال.

الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ ﴿١﴾ وقد شهدت ، واختاره فخر المحققين للشبهة ^(١) واستشكله العلامة في قواعده ^(٢) وظاهر الإرشاد وجوب الحد ^(٣).

قال طاب ثراه : ولو طلق فادعت الحمل منه . الى قوله . وفي إيجاب الجلد إشكال .
أقول : قال الشيخ في النهاية : إذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول فادعت انها حامل منه ، فإن أقامت البينة أنه أرخى الستر ، أو خلا بها ، ثم أنكر الولد ، لاعنها وبانت منه وعليه المهر كاملا ، وان لم يقم بذلك بينة كان عليه نصف المهر ، ووجب عليها مائة سوط بعد أن تحلف بالله انه ما دخل بها ^(٤).

واعلم ان هذا الكلام قد اشتمل على أحكام.

(أ) أن الخلوة قائمة مقام الدخول ويترتب عليه كمال المهر ولحوق النسب ولا افتقار في نفيه إلى اللعان.

(ب) إذا لم تثبت الخلوة لم يثبت الدخول ، فينتصف المهر وينتفي الولد بغير لعان.

(١) الإيضاح : ج ٣ كتاب اللعان ، في أحكامه ، ص ٤٥٤ س ٦ قال : والأقوى عندي السقوط للشبهة.

(٢) القواعد : كتاب الفراق ، الباب الخامس في اللعان ص ٩٤ س ١١ قال : فإن أقرت أربعا ففي وجوبه إشكال.

(٣) الإرشاد : ج ٢ في أحكام اللعان ص ٦٢ س ١٩ وعبارته هكذا (ولو اعترف بعد اللعان فلا حدّ عليها الا ان تقرر أربعا على رأي).

(٤) النهاية : باب اللعان والارتداد ص ٥٢٣ س ١٠ قال : وإذا طلق الرجل إلخ.

(ج) جلدها حينئذ مائة سوط حدّ الزنا لانتفاء الحمل عن الزوج بغير لعان ، فهو كإقرارها ، أو نكولها ، أو قيام البينة بزناها.

وقال ابن إدريس : لا تأثير للخلوة وإرخاء الستر ، والقول قول الزوج ، ولا يلزمه سوى نصف المهر ، ولا لعان بينهما ^(١) وهو اختيار المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣).

قال المصنف : (وفي إيجاب الحد اشكال) يريد في إيجاب الحد عليها ، واختار عدم ثبوته ، لأنه نوع شبهة ، والنبي صلى الله عليه وآله أسقط بها الحد ^(٤) وهو اختيار العلامة ^(٥).

والشيخ عول فيما حكاه على صحيحة علي بن جعفر عن الكاظم عليه السلام قال : سألت عن رجل طلق امرأته قبل ان يدخل بها فادعت انها حامل ، قال : فإن أقامت بينة انه أرخى سترا ثم أنكر الولد لاعنها ثم بانته منه وعليه المهر كاملا ^(٦) ولأن خلوة الصحيح بالخليلة في مظنة الوقاع ، فمدعيه يدعي الظاهر ، فيكون القول قولها ، ولا ينتفي الولد الا باللعان ، لان الظاهر أنها صارت فراشا ، والمهر يجب لمكان التحاق النسب المستلزم للوطي.

قال العلامة في المختلف : ولو قيل يعمل بهذه

(١) السرائر : باب اللعان والارتداد ص ٣٣١ س ٢٤ قال : والأظهر الأصح عند المحصلين من أصحابنا : ان الخلوة وإرخاء الستر لا تأثير لهما إلخ.

(٢) الشرائع : كتاب اللعان (الثاني إنكار الولد) قال : وقيل : لا يثبت اللعان ما لم يثبت الدخول الى قوله : ولعل هذا أشبه.

(٣) القواعد : في اللعان (في إنكار الولد) ص ٩١ س ٤ قال : والأقرب انتفاء اللعان ما لم يثبت الوطي ولا يكفي الإرخاء.

(٤) من لا يحضره الفقيه : ج ٤ (١٧) باب نواذر الحدود ص ٥٣ الحديث ١٢.

(٥) المختلف : في أحكام اللعان ص ٥٦ س ٢٦ قال : والمعتمد ان نقول : لا يجب بالخلوة الصداق الى قوله : والنبي صلى الله عليه وآله أسقط الحد بالشبهة.

(٦) التهذيب : ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٣ الحديث ٣٦.

(الرابع) إذا قذفها فماتت قبل اللعان فله الميراث وعليه الحد للوارث ، وفي رواية أبي بصير ان قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له ، وقيل : لا يسقط الإرث ، لاستقراره بالموت ، وهو حسن.

الرواية لكان وجهها ، لصحتها واعتضاها بالظاهر من وطئ الصحيح مع الخلوة وصحة تصرف المسلم بخلاف ما لو خلت عن الحمل ^(١).

قال طاب ثراه : لو قذفها فماتت قبل اللعان ، فله الميراث ^(٢) ، وعليه الحد للوارث ، وفي رواية أبي بصير : ان قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له ، وقيل : لا يسقط الإرث لاستقراره بالموت ، وهو حسن.
أقول : هنا مسائل :

(أ) إذا قذفها فماتت قبل اللعان ، كان له ان يلاعن لعدم المانع منه ، ولعموم قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ ^(٣) وهو عام. وقال في النهاية : إذا لم يلاعنه احد أوليائها أخذ الميراث ، وكان عليه الحد ثمانين ^(٤) وقال في المبسوط : والوجه انه لا لعان بعد موتها ، لوروده بين الزوجين ^(٥) واختاره ابن إدريس ^(٦) واستشكله

(١) المختلف : في أحكام اللعان ص ٥٦ س ٣١ قال : ولو قيل يعمل بهذه الرواية إلخ.

(٢) في (گل) فله اللعان.

(٣) سورة النور / ٦.

(٤) النهاية : باب اللعان والارتداد ص ٥٢٣ س ١٧ قال : وان أبي أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الزوج الميراث إلخ.

(٥) المبسوط : ج ٥ كتاب اللعان ص ١٩٩ س ١١ قال : وقال قوم ، وهو الذي يقتضيه مذهبنا : ان هذه الاحكام لا يتعلق الا بلعان الزوجين معا فما لم يحصل اللعان بينهما فإنه لا يثبت شيء من ذلك إلخ.

وهذه العبارة من المبسوط مناسبة للمقام ، واما ما في المتن من قوله : (والوجه إلى آخره) فهو من كلام العلامة في المختلف. لاحظ ص ٥٦ س ٣٩ من المختلف ، ولعل في النسخ التي عندنا سقط ، أو اشتباه من النساخ والله يعلم.

(٦) السرائر : باب اللعان والارتداد ص ٣٣١ س ٢٩ قال : فماتت قبل ان يلاعنا فقد ماتت على حكم الزوجية ويترثها الزوج إلخ.

العلامة في التحرير^(١) واختاره في القواعد^(٢) وهو مذهب المصنف^(٣) واحد قولي فخر المحققين^(٤) وهو المعتمد. ولا استبعاد في وقوع اللعان من طرف واحد ، وهو طرف الزوج ، فإنه يتحقق في مواضع يأتي ان شاء الله.

(ب) لو لم يلاعن كان عليه الحد للوارث ، وموجبه ثابت ، وهو القذف العاري عن بينة وما يقوم مقامها في حقه ، وقول المصنف (فله لعان وعليه الحد للوارث) يريد مع امتناعه عن اللعان.

(ج) لا يسقط حقه من الإرث وان لاعن ، ويحكم بموتها على زوجيته لأن أحكام اللعان وإثارة مترتبة على حصوله وكماله ، وقد حصل بعد الموت ، وانما يتم بوقوعه من الزوجين. وفيه فائدتان.

(الاولى) إلزام الزوج بمؤنة تجهيزها.

(الثانية) كونه أولى الناس بها في التغسيل والتكفين والصلاة والدفن.

وهل لأحد ورثتها ملاحنته ، فتبين منه ويسقط إرثه؟ قال ابن إدريس : لا ، لإضافة اللعان الى الزوجين في الآية ، لا إلى الولي ، ولأن اللعان إيمان وكيف يحلف وليها عنها ، وأيضا الاحكام انما تحصل بتمام اللعان ، واللعان التام انما هو الحاصل

(١) التحرير : في اللعان ص ٦٧ س ١٤ قال : وان ماتت قبل لعانه ورثها هو وعليه الحد للوارث. ولو أراد دفعه باللعان جاز على اشكال.

(٢) القواعد : في أحكام اللعان ص ٩٤ س ١٦ قال : ولو قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان وورث وعليه الحد للوارث وله دفعه باللعان.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) الإيضاح : ج ٣ في أحكام اللعان ص ٤٥٥ س ١٨ قال : فاذا ماتت المرأة امتنع لعانها وبقي عليه الحد ، فاذا طالبه وارثها إلخ.

.....

بين الزوجين معا^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣).

وقال الشيخ في النهاية : نعم^(٤) وبه قال ابن حمزة^(٥) والقاضي في كتابيه^(٦) ^(٧).
والمستند ما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام قال : ان قام رجل من أهلها
فلاعنه فلا ميراث له ، وان أبي أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها^(٨).
وعن عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام في رجل قذف
امرأته ، ثم خرج وجاء وقد توفيت؟ قال : بخير واحدة من اثنتين ، يقال له : ان

(١) السرائر : باب اللعان والارتداد ص ٣٣٢ س ١٢ قال : وأيضاً قال الله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ﴾ الى آخره وما
قال : ان يشهد وليها فعلق تعالى الاحكام بشهادته وشهادتها ، فمن قال غيرها يقوم مقامها يحتاج الى دليل ،
وأيضاً فعندنا انها ايمان إلخ.

(٢) الشرائع : في أحكام اللعان قال : السابقة إذا قذفها فماتت الى قوله : والأصل ان الميراث يثبت بالموت فلا
يسقط باللعان المتعقب.

(٣) المختلف : في أحكام اللعان ص ٥٦ س ٣٢ قال : (مسألة) قال الشيخ في النهاية : وإذا قذف الرجل امرأته
فماتت الى قوله : والوجه انه لا لعان بعد موتها لوروده بين الزوجين.

(٤) النهاية : باب اللعان والارتداد ص ٥٢٣ س ١٦ قال : فان قام رجل من أهلها مقامها فلا ميراث له
إلخ.

(٥) الوسيلة : في أحكام اللعان ص ٣٣٧ س ٢٢ قال : وان ماتت المرأة قبله وقام وليها مقامها ، فإن أجاب
اليه ولاعن سقط الحد عنه والميراث عنها ، وان لم يجب إليه الى قوله : لزمه الحد وثبت له الميراث.

(٦) المهذب : ج ٢ كتاب اللعان والارتداد ص ٣١٠ س ٤ قال : وماتت الزوجة قبل الملاعنة وقام رجل من
أهلها ولاعن عنها لم يكن له ميراث إلخ.

(٧) المختلف : في أحكام اللعان ص ٥٦ س ٣٤ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : وتبعه ابن البراج في كتابيه
معا.

(٨) التهذيب : ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٠ قطعة من حديث ٢٣.

شئت ألزمت نفسك الذنب فيقام عليك الحد ويعطى الميراث ، وان شئت أبرزت فلاعنت
ادنى قرابتها إليها ولا ميراث لك ^(١).

والجواب : ان الاولى مقطوعة السند ، ورجال الثانية زيديه لا يلتفت الى ما يروونه ^(٢).
خاتمة فيها أبحاث

(الأول) المشهور ان سبب اللعان أمران : إنكار الولد ، والقذف.
والغاية في الأول للزوج رفع اللبس عن نسبه ، ودفع الحد عن جسده ، وزوال الفراش
، وللزوجة رفع العار ، ودفع الحد عنها ، ونقاء الفراش.
وفي الثاني للرجل زوال الفراش ، والسلامة من الحد ، والخروج من حدّ الفسق ، وردّ
الشهادة ، وللمرأة رفع العار والحدّ ونقاء الفراش.
وقال الصدوق في المقنع : انما يكون اللعان لنفي الولد خاصة ، فلو قذف ولم ينكر
الولد جلد ثمانين ^(٣) ^(٤)

وتمسك برواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام : لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل
بامرأته ، ولا يكون لعان إلا لنفي الولد ^(٥) وهي ضعيفة لأن في طريقها

(١) التهذيب : ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٤ الحديث ٣٨.

(٢) سند الحديث الأول ، كما في التهذيب (أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام) وسند الثاني كما في
التهذيب (محمد بن أحمد بن يحيى ، عن محمد بن الحسين ، عن أبي الجوزاء ، عن الحسين بن علوان ، عن عمرو
بن خالد ، عن زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام).

(٣) الهداية : (١٢٣) باب اللعان ص ٧٢ س ١ قال : ولا يكون اللعان إلا بنفي الولد ، وفي المقنع ص ١٢٠
س ٤ قال : واما اللعان الى قوله : وينكر ولدها إلخ.

(٤) في (گل) وهو نادر.

(٥) الاستبصار : ج ٣ باب اللعان (٢١٦) باب ان اللعان يثبت بادعاء الفجور وان لم ينف الولد ص ٣٧١
الحديث ٤.

.....

عبد الكريم بن عمرو ، وهو واقفي ^(١).

ونص الفقيه ^(٢) والشيخان ^(٣) ^(٤) وأبو علي ^(٥) وباقي علماءنا على المشهور.

احتجوا بقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ وهو

نص في الباب بالخصوص.

وسبب نزولها ما رواه عبد الله بن الحجاج (في الصحيح) قال : سألت عباد البصري أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر ، كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال : أبو عبد الله عليه السلام : ان رجلا من المسلمين أتى إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال : يا رسول الله رأيت لو أن رجلا دخل منزله فوجد مع امرأته رجلا يجامعها ما كان يصنع؟ فاعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وآله فانصرف الرجل ، وكان ذلك الرجل هو الذي ابتلى بذلك من امرأته ، قال : فنزل الوحي من عند الله تعالى بالحكم فيها ، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وآله إلى الرجل فدعاه فقال له : أنت الذي رأيت مع امرأتك رجلا؟ فقال : نعم ، فقال له : انطلق فأتني بها ، فان الله عز وجل قد انزل فيك وفيها ، الحديث ^(٦).

(١) سند الحديث كما في الاستبصار (أحمد بن محمد بن أبي نصر البرنطي ، عن عبد الكريم بن عمرو ، عن أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام).

(٢) المختلف : في أحكام اللعان ص ٥٧ س ١٧ قال : (مسألة) المشهور أن سبب اللعان اثنان إلى قوله بعد نقل قول الصدوق : والمعتمد الأول وهو مذهب الشيخين ، والشيخ علي بن بابويه وابن الجنيد وباقي علمائنا.

(٣) المقنعة باب اللعان ص ٨٤ س ١٧ قال : وان أنكر رجل ولد زوجته له إلى قوله : لاعنها كما يلاعنها بدعوى مشاهدته فجورها.

(٤) النهاية : باب اللعان والارتداد ص ٥١٩ س ١٧ قال : إذا انتقى الرجل من ولد زوجته له إلى قوله : وجب عليه ملاعنتها وكذلك ان قذفها بالفجور.

(٥) تقدم نقله عن المختلف.

(٦) التهذيب : ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٨٤ الحديث ٣.

(الثاني) إذا حصل أحد سببي اللعان تعلق به حد القذف في حق الرجل فاذا لاعن سقط عنه وصار ثابتاً في حق المرأة ، ولو أقرت مرة واحدة رجعت ، لان تصديقها في أربع شهاداته قائم مقام إقرارها أربعاً ، أو لأن شهاداته قائمة مقام أربع شهود ، وتصديقها تعديل لشهوده ، فيحكم عليها بموجب الشهادات. وكذا لو نكلت لأن لعانها قائم مقام أربع شهود ، وهي بينة كاملة ناهضة بثبوت الحد على من شهدت عليه ، ولم يحصل ما يعارضها من الغريم ، فينفذ مقتضاها.

وفيه اشعار بكون اللعان شهادات.

فاذا لاعنت المرأة ثبت أحكام أربعة.

سقوط الحد عنها ، وزوال الفراش ، وثبوت التحريم المؤبد ، وانتفاء الولد عن الرجل ولحقه بالمرأة.

(الثالث) هل اللعان إيمان أو شهادات؟ قال الشيخ في المبسوط : انه إيمان لما روى عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله لما لاعن بين هلال بن أمية وزوجته ، قال : أن أتت به على نعت كذا وكذا فما أراه إلا وقد كذب عليها ، وإن أتت به على نعت كذا وكذا فما أراه إلا من شريك بن السحماء ، فأتت به على النعت المكروه ، فقال النبي صلى الله عليه وآله : لو لا الإيمان لكان لي ولها شأن فسمى اللعان إيمناً ، وعندهم أنه شهادة ولا يصح إلا لمن يصح منه الشهادة ، هذا آخر كلامه ^(١).

وهو مذهب العلامة في القواعد ^(٢) وظاهر المصنف في الشرائع إنه شهادات ^(٣).

(١) المبسوط : ج ٥ ، كتاب اللعان ص ١٨٣ س ٥ قال : وإنما قلنا انه يمين لما روى عكرمة إلخ.

(٢) القواعد : في أحكام اللعان ص ٩٥ س ١ قال : واللعان إيمان وليس بشهادات فيصح من الأعمى إلخ.

(٣) الشرائع : في كيفية اللعان قال : وقال الشيخ : ان اللعان إيمان وليس بشهادات ، ولعله نظر الى اللفظ فإنه بصورة اليمين.

(الرابع) ان اللعان قد اشتمل على احكام تشابه الشهادة ، وعلى احكام تشابه اليمين (فالأول) في أمور :

(أ) قوله تعالى ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ فسماه شهادة.

(ب) الأصل في الزنا أنه لا يثبت إلا بأربعة شهود ، فجعل عنه أربع شهادات ، فكان كل مرة نائبة عن شاهد.

(ج) أنّ الأصل عدم ثبوت الزنا إلا بالإقرار أربعاً ، أو البينة ، ولا يكفي المرة ، ومع لعان الزوج ، لو أقرت مرة واحدة ثبت الزنا ورجمت ، فدل على أنّ الموجب ليس هو الإقرار ، بل الشهادات الواقعة من الرجل ، فهي حجة كاملة موجبة لتعيين الحدّ عليها ، وانما سقط عنها بقوله ﴿وَيَذَرُهَا الْعَذَابُ أَنَّ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ ولو لم يكن ثابتاً عليها بتمام لعانه لما قال ﴿وَيَذَرُهَا عَنْهَا﴾ فدل على توجهه عليها ، أو ثبوته في حقها ، ولهذا لو نكلت ، وان لم تقر ، وجب الرجم ، وكل ذلك يدل على ان الحجة تثبت عليها ، وليست إقراراً ، فتكون شهادات ، ويتجدد سقوط الحدّ عنها بلعانها ، والوجه فيه معارضة لشهادات الزوج ، فيتكافأ الاحتمالان ، فيقف الحاكم عن الحكم قضية لتعارض البينات المتكافئة في مجلس الحكم ، وتحقق الشبهة الدائرة للحد ، ومع عدم إتيانها بما تقابل حجة الزوج ، أما بإقرارها ولو مرة ، أو بنكولها ، فيقام عليها الحدّ ، عملاً بالمقتضى السالم عن معارضة المسقط.

(د) ان الأصل كون الشهادة على المدعي واليمين على من أنكر ، والمدعي هنا هو الزوج ، لأنه يخلى وسكوته ويدعي خلاف الظاهر ، لان الظاهر لحق النسب بصاحب الفراش. وخلاف الأصل ، لأن الأصل تنزيل تصرف المسلم على الصحيح. والزوج هو المبتدئ باللعان ، ويقام عليها الحدّ مع عدم لعانها ويكتفى بلعانه.

فدل ذلك على انه شهادات ، وهو مذهب العامة ^(١) وأبي علي ^(٢) وظاهر المصنف في الشرائع ^(٣).

(واما الثاني) فأمر.

(أ) اشتراط ذكر اسم الله فيه ، ولا شيء من الشهادة يشترط فيه ذلك.

(ب) ان صيغته صيغة مخصوصة ، وهي (أشهد بالله) وهي أحد صيغ اليمين ، فيكون يميناً.

(ج) ان الشهادة لا يشترط فيها تعيين لفظ مخصوص ، بل يكفي التعبير عن المعنى.

(د) ان الشاهد يعتبر فيه العدالة ، ولا يعتبر ذلك في المتلاعنين.

(هـ) ان الاعمى لا تقبل شهادته عندنا ^(٤) إلا في مواضع مخصوصة ، ويصح لعانه بالإجماع ، فدل على انه ليس بشهادة.

(و) العبد لا تقبل شهادته عندهم ، وعندنا فيه تفصيل ، ويقبل لعانه.

(ز) الكافر يصح لعانه ولا تصح شهادته.

(ح) لا تصح شهادة الإنسان لنفسه ، وفي الحقيقة هنا الشهادة لنفس الإنسان ، فلا تكون شهادة.

(ط) ان الشهادة لا تصح مع تطرق الشبهة بجلب النفع ، أو دفع الضرر ، وهي

(١) نيل الأوطار : ج ٧ ص ٧٠ باب في ان اللعان يمين قال : وذهب أبو حنيفة وأصحابه ومالك والامام يحيى والشافعي في قول انه شهادة.

(٢) المسالك : ج ٢ كتاب اللعان ص ١١٩ س ١ قال : اختلف العلماء في اللعان هل هو شهادات أو إيمان فذهب بن الجنيد إلى الأول.

(٣) الشرائع : في كيفية اللعان قال : وقال الشيخ ان اللعان أيمان وليست بشهادات ، ولعله نظر الى اللفظ فإنه بصورة اليمين.

(٤) في (كل) عند المخالف وعندنا.

متحققه هنا ، فان الزوج يدفع عن نفسه حقوق الزوجية بزوال الفراش ، والمرأة تدفع عن نفسها العار ووجوب الحدّ.

(الخامس) لا يحل اللعان الا مع تحقق السبب ، ولا يجوز لمكان الشبهة والتهمة أو الظن لقوله عليه السّلام : (أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولم يدخلها جنته ، وأيما رجل نفى نسب ولده وهو ينظر اليه احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين).^(١)

وروي ان رجلا اتى النبي صلّى الله عليه وآله فقال : يا رسول الله ان امرأتي أتت بولد أسود فقال : هل لك من إبل؟ فقال : نعم ، فقال : ما ألوانها؟ فقال : حمر ، فقال : هل فيها افرق؟ فقال : نعم ، فقال : أنى ذلك؟ فقال : لعلّ ان يكون عرقا نزع ، قال : وكذلك لعلّ ان يكون عرقا نزع^(٢).

وروى محمد بن يعقوب يرفعه إلى عبد الله بن سنان ، عن بعض أصحابنا عن أبي جعفر عليه السّلام قال : أتى رجل من الأنصار رسول الله صلّى الله عليه وآله فقال : هذه ابنة عمي وامرأتي لا اعلم فيها إلا خيرا وقد أتتني بولد شديد السواد ، منتشر المنخرين ، جعد قطط أفطس الأنف^(٣) ، لا اعرف شبهه في أحوالي ولا في أجدادي ، فقال لامرأته : ما تقولين؟ قالت : لا والذي بعثك بالحق نبيا ، ما أقعدت

(١) سنن البيهقي : ج ٧ ص ٤٠٣ باب التشديد في إدخال المرأة على قوم من ليس منهم وفي نفى الرجل ولده ، وفي سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٩١٦ (١٣) باب من أنكر ولده الحديث ٢٧٤٣ مع تغيير يسير .
(٢) سنن ابن ماجه : ج ١ ص ٦٤٥ (٥٨) باب الرجل يشك في ولده ، الحديث ٢٠٠٢ و ٢٠٠٣ مع اختلاف يسير .

(٣) المنخر كمجلس وكسر الميم للاتباع كمتن لغة والمنخران ثقب الأنف مجمع البحرين . يقال : جعد الشعر بضم العين وكسرهما جعودة إذا كان فيه التواء وتقبط فهو جعد وذلك خلاف المسترسل . مجمع البحرين . شعر قط وقطط بفتحيتين شديد الجعودة ، ويقول : القطط شعر الزنجي . مجمع البحرين الفطس بالتحريك تطأ من قصبه الأنف وانتشارها ، والرجل أفطس والمرأة فطساء مجمع البحرين .

مقعده مني منذ ملكني أحد غيره ، قال : فنكس رسول الله صلى الله عليه وآله رأسه مليا ، ثم رفع رأسه الى السماء ، ثم أقبل على الرجل فقال : يا هذا انه ليس من أحد الا وبينه وبين آدم تسعة وتسعين عرقا يضرب في النسب ، فاذا وقعت النطفة في الرحم اضطربت تلك العروق ، تسئل الله الشبه لها ، فهذا من تلك العروق التي لم تدركها أجدادك ، خذي إليك ابنك ، فقالت المرأة : فرجت عني فرج الله عنك ^(١) ^(٢).

وروى محمد بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ان الله عز وجل خلق للرحم أربعة أوعية فما كان في الأول فلأب ، وما كان في الثاني فلأم ، وما كان في الثالث فللعمومة ، وما كان في الرابع فللخثولة ^(٣).

وعن الصادق عليه السلام : ان الله تبارك وتعالى إذا أراد أن يخلق خلقا جمع كل صورة بينه وبين آدم ثم خلقه على صورة إحداهن ، فلا يقولن احد لولده هذا لا يشبهني ولا يشبه شيئا من ابائي ^(٤).

(السادس) قد يجب اللعان إذا تحقق عدم التحاقه به ، كما إذا اعتزلها أكثر مدة الحمل ، أو جاء لأقل من ستة أشهر منذ دخوله لثلا يلحق بنسبة من ليس منه ، ينظر الى بناته ان كان ذكرا ، وينظر إليها ان كانت أنثى ، ويزاحم ورثته ، وكل ذلك حرام.

(١) قوله ص (تسعة وتسعون عرقا) لعل المعنى ان الأسباب والدواعي التي أودعها الله في الإنسان مما يورث اختلاف الصور من الافرجة والأغذية والأفعال الحسنة والقبیحة والأسباب الخارجة كثيرة ، فعدم المشابهة لا يوجب نفي النسب ، فلعل تلك الأسباب التي تهيات لتصوير هذا الشخص لم يتهيا لأحد من آباءه. ويحتمل أن يكون المراد بالعروق أسباب المشابهة بالإباء ، فالمراد بالأجداد الذين اتصل به خبرهم كما ورد في خبر آخر ان الله يجمع صورة كل أب بينه وبين آدم فيصوره مشابها لواحد منهم ، وعلى الأول يكون هذا الخبر محمولا على الغالب (مرات العقول ج ٢٠ ص ٤١٥).

(٢) الكافي : ج ٥ كتاب النكاح باب نوادر ص ٥٦١ الحديث ٢٣.

(٣) الكافي : ج ٦ كتاب العقيقة ص ١٧ الحديث ٢.

(٤) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١٢ الحديث ٢٣.

(السابع) لا يصح الا عند الحاكم ، أو خليفته ، وقال ابن حمزة : أو من رضي به الزوجان ^(١) وهو قول الشيخ في موضع من المبسوط ^(٢) والأول هو المشهور.

(الثامن) يصح لعان الحامل ومنعه المفيد ^(٣) وتلميذه ^(٤) والتقني ^(٥) والمشهور جوازه لكن لا يقام عليها الحدّ حتى تضع ، قال العلامة : ويحتمل ان يقال : لا لعان لو نفى الولد حتى تضع لاحتمال اشتباه الحمل بغيره ، وحينئذ يصح كلامه ^(٦) أي كلام المفيد.

(التاسع) يصح اللعان بين كل زوجين مكلفين من أهل الطلاق ، سواء كانا من أهل الشهادة أو لم يكونا ، مسلمين أو كافرين أو بالتفريق ، حرّين أو مملوكين أو بالتفريق ، محدودين في قذف ، أو لا ، أو بالتفريق ، قاله الشيخ في الكتابين ^(٧) ^(٨) وهو المشهور ، وقال أبو علي : إذا كان الزوج قد حدّ في قذف ، لا لعان له ، لأن الله سمّاه كاذبا ، والكاذب لا تقبل شهادته ^(٩).

-
- (١) الوسيلة : في بيان احكام اللعان ص ٣٣٨ س ٥ قال : واللعان يصح الى قوله : ومن يرضى به الزوجان.
- (٢) المبسوط : ج ٥ ص ٢٢٣ س ١٢ قال : إذا تراضى الزوجان برجل يلاعن بينهما جاز عندنا.
- (٣) المنفعة : باب اللعان ص ٨٤ س ٢٣ قال : ولا تلاعن المرأة وهي حامل حتى تضع حملها.
- (٤) المراسم : اللعان ص ١٦٤ س ٣ قال : ولا تلاعن الحامل حتى تضع.
- (٥) الكافي : فصل في اللعان ص ٣١٠ س ٥ قال : وإذا قذفها وهي حامل أخر اللعان الى ان تضع.
- (٦) المختلف : في أحكام اللعان ص ٥٧ س ٧ قال : وشيخنا المفيد ان قصد بنفي اللعان نفي ما يجب عنه الى قوله : ويحتمل ان يقال : لا لعان لو نفى الحمل إلخ.
- (٧) المبسوط : ج ٥ كتاب اللعان ص ١٨٢ س ١٨ قال : يصح اللعان بين كل زوجين مكلفين الى قوله : وبين المحدودين في قذف.
- (٨) كتاب الخلاف : كتاب اللعان (مسألة ٢) قال : اللعان يصح الى قوله : وكذلك إذا كانا محدودين في قذف آه.
- (٩) المختلف : في أحكام اللعان ص ٥٥ س ٢٨ قال : وقال ابن الجنيد : وان كان القاذف محدودا بقذفه بالزنا لم يكن بينه وبين زوجته لعان ، لان الله تعالى سمّاه كاذبا إلخ.

واحتج برواية إسماعيل بن أبي زياد وقد تقدمت ^(١) والرواية ضعيفة السند ^(٢).
 (العاشر) روى محمد بن سليمان عن أبي جعفر الثاني عليه السلام قال : قلت له : جعلت فداك كيف صار الرجل إذا قذف امرأته كانت شهادته اربع شهادات بالله ، وإذا قذفها غيره أب أو أخ أو ولد أو غريب جلد الحد ، أو يقيم البينة على ما قال؟ قال : فقال : قد سئل جعفر عليه السلام عن ذلك فقال : ان الزوج إذا قذف امرأته فقال رأيت ذلك بعيني كانت شهادته اربع شهادات بالله ، وإذا قال : انه لم يره قيل له : أقم البينة على ما قلت ، والا كان بمنزلة غيره ، وذلك ان الله تعالى جعل للزوج مدخلا لم يجعله لغيره ، والدا ولا ولدا ، يدخل بالليل والنهار ، فجاز له ان يقول رأيت ، فإن كان غيره قيل له : وما أدخلك المدخل الذي ترى هذا فيه وحدك؟! ، أنت متهم ، فلا بد من ان يقام عليك الحد الذي أوجبه الله عليك ^(٣).

فعلم من هذا الحديث اشتراط دعوى المشاهدة في قذف الزوج ، فلو لم يدعها ، أو استحال في حقه كالأعمى فلا لعان وتعين الحد أو البينة.

(الحادي عشر) الأصل صدور اللعان من الزوجين ، وقد يخرج عن هذا الأصل للضرورة ، وهي في صور :

(أ) أن يكون بين الزوج والوارث ، كما لو ماتت بعد القذف ، فلا أحد أولياؤها

(١) الاستبصار : ج ٣ (٢١٦) باب ان اللعان يثبت بادعاء الفجور وان لم ينتف الولد ص ٣٧٥ الحديث ١٠ .

(٢) سند الحديث كما في الاستبصار (محمد بن الحسن الصفار عن إبراهيم بن هاشم ، عن الحسين بن يزيد النوفلي ، عن إسماعيل بن أبي زياد ، عن جعفر عن أبيه ان عليا (عليه السلام).

(٣) التهذيب : ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٢ الحديث ٢٩ .

.....

لعانه ، ليسقط إرثه وقد تقدم البحث فيه.

(ب) ان يكون من الزوج وحده كما لو امتنع الوارث من ملاعنته في الصورة المفروضة ، فله اللعان على الأصح لإسقاط الحدّ عنه ، لعدم المانع ، ولعموم الآية ، ولأنه شهادات ولا يشترط في أداء الشهادة حيات المشهود عليه. وكذا لو كان هناك نسب وأراد نفيه ، فلو لم يشرع له اللعان لزم الإضرار به ، لأنه قد يتحقق عدم التحاقه به فيكون قد التحق بنسبة من ليس منه.

(ج) لو أنكر الولد وصدّفته لم ينتف الا باللعان ، ومع اعترافها كيف يصح ان تقول : اشهد بالله انه لمن الكاذبين.

(د) لو نفى ولد الصماء الخرساء التي لا يعقل الإشارة كفى لعانه خاصة في سقوط النسب ، وحيث لا يبعد ما حكاه الشيخ في المبسوط حيث قال : الأحكام المتعلقة باللعان أربعة : سقوط الحدّ عن الزوج ، وانتفاء النسب ، وزوال الفراش ، وتحريم المؤبد^(١). فهذه الاحكام تعلق بلعان الزوج إذا وجد منه اللعان بكماله ، ويتعلق به أيضا وجوب الحد على المرأة.

واما لعان المرأة فإنه لا يتعلق به أكثر من سقوط حد الزنا عنها ، ثم قال : وقال قوم : - وهو الذي يقتضيه أصول مذهبنا . أنّ هذه الاحكام لا تتعلق الا بلعان الزوجين معا ، والأقرب : الأول في الصور الأربع الخارجة عن الأصل ، واما في غيرها فنقول : يتعلق بلعانه ثلاثة أحكام : سقوط الحدّ عنه ، وثبوته عليها ، ونفي النسب ، وبلعانها حكم واحد ، وهو سقوط الحدّ عنها ، وبلعانها ثلاثة أحكام زوال الفراش ، وتأبّد التحريم ، وسقوط الحدين والإرث.

(١) المبسوط : في الأحكام المتعلقة باللعان ، ص ١٩٩ س ٣ قال : الأحكام المتعلقة باللعان أربعة إلخ.

.....

فيكمل ستة احكام.

(أ) سقوط الحد عنه.

(ب) سقوطه عنها.

(ج) نفي النسب عنه.

(د) لحوقه بها.

(هـ) زوال الفراش.

(و) تأبد التحريم.

كتاب العتق

كتاب العتق

كتاب العتق : ^(١) والنظر في الرق وأسباب الإزالة.

أما الرق فيختص بأهل الحرب دون أهل الذمة ، ولو أخلوا بشرائطها جاز تملكهم .
ومن أقر على نفسه بالرقية مختاراً ، في صحة من رأيه حكم برقيته . وإذا بيع في الأسواق ثم ادعى الحرية لم يقبل منه الا ببينة .

كتاب العتق

مقدمة العتق

لغة الخلوص ، ومنه سمى البيت عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة ، وقيل : لأنه أعتق من الغرق ، أي خلص ^(١) .

(١) وفي التنزيل ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ وفي حديث ابن الزبير ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال :
انما سمى الله البيت العتيق ، لان الله أعتقه من الجبابرة فلم يظهر عليه جبار قط ، والبيت العتيق بمكة لقدمه ، لأنه أول بيت وضع للناس ، وقيل : لأنه أعتق من الغرق أيام الطوفان ، دليله

ولا يملك الرجل ولا المرأة أحد الأبوين وان علوا ، ولا الأولاد وان سفلوا. وكذلك لا يملك الرجل ذوات الرحم من النساء المحرمات كالخالة والعمة وبنت الأخت وبنت الأخ ، ويعتق هؤلاء بالملك ، ويملك غيرهم من الرجال والنساء على كراهية ، ويتأكد فيمن يرثه.

وشرعا : ازالة الملك عن آدمي حي.

وهو (أي ازالة الرق) يحصل بأحد أمرين : مباشرة أو تسبيب.

أما المباشرة : فثلاثة.

العتق ، والمكاتبة ، والتدبير.

وأما التسبيب : فأمران ، الملك والعوارض.

وفي إلحاق الاستيلاء بأي الأمرين خلاف ، فبعض الحقه بالمباشرة لاستناده إلى الوطي الصادر عن اختياره ، وبعض الحقه بالتسبيب لأن المباشرة انما يتحقق مع قصد الإنسان إلى العتق وليس هذا الأمر حاصلًا في الاستيلاء.

والأصل فيه : الكتاب ، والسنة ، والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾^(١) وذكره أيضا

في كفارة اليمين^(٢). وقال تعالى ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾^(٣) نزلت

في زيد بن حارثة ، وكان النبي صلى الله عليه وآله أعتقه وتبنى به ،

قوله تعالى ﴿وَإِذْ بَوَّأْنَا لِإِبْرَاهِيمَ مَكَانَ الْبَيْتِ﴾ وهذا دليل على ان البيت رفع وبقي مكانه ، وقيل : انه أعتق من الجبابة ولم يدعه منهم احد ، وقيل : سمى عتيقا لأنه لم يملكه احد (لسان العرب ج ١٠ لغة عتق ص ٢٣٦).

(١) سورة النساء / ٩٥.

(٢) سورة المائدة / ٩٢ قال تعالى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾. إلى قوله. ﴿أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ إلخ.

(٣) سورة الأحزاب / ٣٧.

وإنعام الله عليه بالإسلام ، وإنعام النبي صلى الله عليه وآله بالعتق ، ثم حرم الله التبني في الإسلام فقال ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾ (١) (٢).

وأما السنة : فروى عمر بن عنبسة أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال : من أعتق رقبة مؤمنة كانت فداه من النار (٣).

وروى واثلة بن الأسقع وغيره ان النبي صلى الله عليه وآله قال : من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضوا له من النار (٤).

وأما الإجماع : فلا خلاف بين الأمة في جوازه وفي فضله.

تذنيب يستحب عتق المؤمن مؤكدا ، لما عرفت ، ويكره عتق المخالف ، ومن يعجز عن الاكتساب ، ومن لا حيلة له ، ولو أعتقه صح وسقطت عنه نفقته ، لكونها تابعة للملك وقد زال بالعتق ، وهو المشهور بين علماءنا.

وقال أبو علي : ومن أعتق طفلا ، ومن لا قدرة له على الكسب كان عليه ان يعوله حتى يكبر ويستغني (٥) وهو اختيار الصدوق (٦).

(١) سورة الأحزاب / ٦.

(٢) لاحظ التبيان ومجمع البيان في تفسيريهما للآية الشريفة ، والمبسوط ج ٦ كتاب العتق ص ٥١ س ٣.

(٣) عوالي اللئالي : ج ١ باب العتق ص ٤٢١ الحديث ٢٠١ ولاحظ ما علق عليه ، ولا حظ أيضا للمبسوط : ج ٦ كتاب العتق ص ٥١ س ٧ ففيه روايتان عمر بن عنبسة وواثلة بن الأسقع.

(٤) عوالي اللئالي : ج ١ باب العتق ص ٤٢١ الحديث ٢٠١ ولاحظ ما علق عليه ، ولا حظ أيضا للمبسوط : ج ٦ كتاب العتق ص ٥١ س ٧ ففيه روايتان عمر بن عنبسة وواثلة بن الأسقع.

(٥) المختلف : في أحكام العتق ص ٧٨ س ١٥ قال : وقال ابن الجنيّد من أعتق طفلا إلخ.

(٦) المقنع باب العتق والتدبير والمكاتبة والولاء ص ١٦٠ س ٧ قال : ومن أعتق مملوكا لا حيلة له فان عليه ان يعوله حتى يستغني.

وهل ينعق عليه بالرضاع من ينعق بالنسب؟ فيه روايتان ، أشهرهما : انه ينعق ^(١) ، ولا ينعق على المرأة سوى العمودين.

قال طاب ثراه : وهل ينعق عليه بالرضاع من ينعق بالنسب؟ فيه روايتان ، أشهرهما انه ينعق.

أقول : هنا مسألتان :

(الأولى) وقع الاتفاق على ان من ملك أحد العمودين ، أو أحد المحرمات عليه نسبا عتق عليه ، لكن اختلفوا في الوقت الذي يقع فيه العتق ، هل يقع مع البيع بلا فصل ، أو في آن ثان؟ ابن إدريس على الأول ، قال : وقد قيل فيه أقوال : الأصح من ذلك انه مع تمام البيع معا ، لأن الإنسان لا يملك من ذكرناه ^(١) وهو قول الشيخ في النهاية ^(٢) والمفيد ^(٣) وظاهر التقي ^(٤).

والشيخ في المبسوط على الثاني ^(٥) وهو ظاهر أبي على ^(٦) واختاره العلامة ^(٧)

-
- (١) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٥ س ١ قال : وقد قيل في انه متى يكون العتق إلخ.
- (٢) النهاية : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٥٤٠ س ٨ قال : ومتى ملك الإنسان أحد والديه الى قوله : انعتقوا في الحال.
- (٣) المقنعة : باب ابتياع الحيوانات ص ٩٢ س ٣٤ قال : ولا يصح استرقاق الرجل أبويه إلى قوله : وإذا ملكهم عتقوا في الحال وخرجوا بذلك عن تملكه سواء أعتقهم أو لم يعتقهم.
- (٤) الكافي وأما ملك اليمين ص ٣٠٠ س ١٢ قال : وإذا ملك الرجل أحد أبويه إلى قوله : عتقوا عليه.
- (٥) المبسوط : ج ٦ كتاب العتق ص ٥٥ س ٦ قال : وهكذا إذا اشترى أباه عتق عليه الى قوله : والثاني ان العتق بعد الملك وهو الأقوى عندي.
- (٦) المختلف : في أحكام العتق ص ٧٤ س ٣ قال : وقال ابن الجنيد : ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه عند ملكه إياه.
- (٧) المختلف : في أحكام العتق ص ٧٤ س ٦ قال بعد نقل قول الشيخ وابن إدريس : والوجه أنهم يدخلون في الملك أنا واحدا ثم في ثانية ينعقون عليه.

لوجوه :

(أ) قوله عليه السّلام : لا عتق إلا في ملك ^(١).

(ب) لتحقق قولهم : إذا ملك أحد هؤلاء عتق عليه.

(ج) ان العقد لو اقتضى زوال الملك عن البائع من غير ان يثبت فيه الملك للمشتري

، لما قوّم عليه لو اشترى بعضه ، ولما تبعه أحكام البيع من وجوب الأرش وغيره.

تنبيه لو اشترى أباه وانعتق عليه ، ثمّ ظهر له فيه عيب كان له الرجوع بأرشه ، وكذا

لو وجد فيه عيبا ، فللولد الفسخ ويرجع بالثمن ، ويطالبه البائع بقيمة العبد كالتالف ، وكذا

لو وجد البائع في الثمن المعين عيبا فردّه ، طالبه بقيمة العبد.

(الثانية) لو ملك أحد هؤلاء من الرضاع ، هل ينعتق عليه كالنّسب؟ فيه مذهبان.

أحدهما عدم العتق وهو مذهب المفيد ^(٢) وتلميذه ^(٣) والحسن ^(٤) وابن إدريس ^(٥)

لأصالة بقاء الملك ، خرج عنه ما وقع الإجماع عليه فيبقى الباقي على أصله.

(١) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢١٧ الحديث ٧ وفيه (لا عتق إلا بعد ملك).

(٢) المقنعة : باب السراري وملك الإيمان ص ٨٥ س ٤ قال : ولا بأس ان يملك الإنسان امه من الرضاع إلخ.

(٣) المراسم : ذكر الشرط الخاص في البيع والمبيع ص ١٧٦ س ٩ قال : فاما الباؤون من الأقارب ومن مائل الأولين ومن الرضاة والأجانب فيثبت في ملكه رقا.

(٤) المختلف : الثالث عشر في بيع الحيوان ، ص ٢٠١ س ١ قال : وقال ابن عقيل : لا بأس بملك الام والأخت من الرضاة ويعهن إلخ.

(٥) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٥ س ٤ قال : واما ذو الأسباب فهو الرضاة

وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه بطل العقد بينهما وثبت الملك.
أما إزالة الرق فأسبابها أربعة : الملك ، والمباشرة ، والسراية ، والعوارض ، وقد سلف الملك.

أما المباشرة : فالعتق ، والكتابة ، والتدبير ، والاستيلاء.

ولما رواه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه ، فهو حر ، إلا ما كان من قبل الرضاع ^(١).
ومثلها رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام في بيع الام من الرضاعة ، قال : لا بأس ^(٢).

والآخر العتق كالنسب ، وهو مذهب الباقرين ^(٣) لا ابتناء العتق على التغليب.
ولما رواه الحلبي وابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة أرضعت ابن جاريتها قال : تعتقه ^(٤).

ومثلها رواية أبان بن عثمان عن أبي بصير ، وعن أبي العباس وعبيد كلهم عن الصادق عليه السلام الى ان قال : قلت : يجري في الرضاع مثل ذلك ، قال : نعم يجري في الرضاع مثل ذلك ^(٥).

الى قوله : والثاني اختيار شيخنا المفيد وهو الذي يقوى في نفسي وبه افق ، لأنه لا دليل على عتقهن من كتاب ولا سنة مقطوع بها إلخ.

(١) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٤٥ الحديث ١١٨.

(٢) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٤٥ الحديث ١١٩.

(٣) لاحظ المختلف ، الثالث عشر في بيع الحيوان ص ٢٠٠ س ٣١ قال : (مسألة) قال الشيخ في النهاية إلخ.

(٤) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٤٣ الحديث ١١١.

(٥) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٤٣ قطعة من حديث ١١٠.

واما العتق : فعبارته الصريحة التحرير. وفي لفظ العتق تردد ^(١) ، ولا اعتبار بغير ذلك من الكنايات وان قصد بها العتق ، ولا تكفي الإشارة ولا الكتابة مع القدرة على النطق ، ولا يصح جعله يمينا ، ولا بد من تجريده عن شرط متوقع أو صفة.

قال طاب ثراه : وفي لفظ العتق تردد.

أقول : قال الشيخ في الخلاف : لا يقع الا بقوله : أنت حر مع القصد ^(١) وبمثله قال التقي ^(٢) والقاضي ^(٣) مع اتفاق الجميع على صحة عتق الجارية وجعل عتقها صداقها بقول سيدها : أعتقتك وتزوجتك وجعلت عتقك صداقك وقيل : الإعتاق حقيقة في العتق يحصل به الإعتاق ، لأنه لفظ موضوع للعتق ، وهو اختيار العلامة ^(٤) ومذهب الشهيد ^(٥).

قال طاب ثراه : ولا يصح جعله يمينا ، ولا بد من تجريده عن شرط متوقع أو صفة.

أقول : هنا ثلاث مسائل :

(الاولى) لا يصح جعل العتق يمينا ، لأنه لا يمين الا بالله سبحانه ، لقول النبي صلى

الله عليه وآله : من كان حالفا فليحلف بالله والا فليصمت ^(٦) وصيغته ان

(١) كتاب الخلاف : كتاب العتق ، مسألة ١٤ قال : العتق لا يقع الا بقوله أنت حر مع القصد إلخ.

(٢) الكافي : فصل فيما يقتضي فسخ الرق ص ٣١٧ س ٥ قال : فاللفظ قوله : أنت أو فلان أو فلانة حر لوجه الله تعالى.

(٣) المهذب : ج ٢ ، باب العتق واحكامه ص ٣٥٧ س ٩ قال : وينوي العتق الى قوله : فيقول : أنت أو هذه حر أو حرة لوجه الله.

(٤) التحرير : ج ٢ ، كتاب العتق ص ٧٦ س ٣٤ قال : (ج) صيغة العتق اما صريحة الى قوله : وانما يقع بالتصريح خاصة إلخ.

(٥) اللمعة الدمشقية كتاب العتق : ج ٦ ص ٢٣٣ س ٤ قال : وعبارته الصريحة التحرير مثل أنت حر إلخ.

(٦) مسند احمد بن حنبل ج ٢ ص ١١ س ٢٨.

ويجوز ان يشترط مع العتق شيء. ولو شرط إعادته في الرق ان خالف فقولان :
المروي : لزوم ويشترط في المعتق جواز التصرف ، والاختيار ، والقصد ، والقرية.

يقول : أنت حر إن فعلت كذا ، ويكون مراده منع نفسه من فعل ذلك الشيء فألزم نفسه بالعتق زجرا وردعا عن فعل ذلك الشيء المعلق عليه العتق ، كما يلزم الخالف نفسه بالكفارة على تقدير المخالفة ، ويسمى الحلف بالعتق ، وهو جائز عند الخالف كالطلاق والظهار.
(الثاني) الشرط ، وصيغته ان يقول : أنت حران دخلت الدار ، أو ان فعلت كذا ، ويكون مقصوده مجرد التعليق ، أي تعليق العتق على حصول الشرط ، فغرضه وقوع العتق لا مطلقا ، بل عند حصول الشرط ، وصيغته اليمين واحدة ، وانما يمتاز أحدهما عن الآخر بالقصد ، ففي اليمين يكون المقصود نقيض الشرط المعلق عليه حصول العتق ، وفي الشرط يكون المقصود وقوع العتق مع الشرط.

(الثالث) الصفة. وهو ما لا بد من وقوعه في الزمان المستقبل ، كقوله : أنت حر إذا جاء رأس الشهر ، أو أحمر البسر.

والفرق بين الشرط والصفة من وجهين.

(أ) ان الشرط يمكن وقوعه في الحال ، والصفة لا يمكن وقوعها في الحال.

(ب) ان الشرط يجوز وقوعه ويجوز ان لا يقع أصلا ، والصفة لا بد من وقوعها في ثاني الحال ، فوقعها في الحال محال ، وفي الاستقبال واجب ، والشرط وقوعه وعدمه ممكن في الحالين.

إذا عرفت هذا : فنقول : لا يصح تعليق العتق على شرط ولا صفة إجماعا منا.

قال طاب ثراه : ولو شرط إعادته في الرق ان خالف فقولان : المروي : اللزوم.

أقول : اشتراط سائغ مع العتق على العبد جائز ، كقوله : أنت حرّ وعليك كذا ،

.....

ولا يكون هذا تعليقا ، بل عتقا وشرطا.

واما لو شرط عوده في الرق مع الخلاف ، فهل يصح هذا الشرط ويعاد في الرق مع المخالفة؟ قيل فيه ثلاثة أقوال :

(أ) صحة العتق والشرط قاله الشيخ في النهاية ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) لعموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ^(٣).

وقوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم ^(٤).

ولما رواه إسحاق بن عمار وغيره عن الصادق عليه السلام قال : سألت عن رجل يعتق مملوكه ويؤخره ابنته ويشترط عليه ان هو أغارها أن يرده في الرق ، قال : له شرطه ^(٥) واختاره العلامة في القواعد ^(٦) وهو ظاهر المصنف في الكتابين ^(٧) ^(٨).

(ب) بطلانها قاله المصنف في النكت ^(٩) والعلامة في المختلف ^(١٠) وأجاب عن

(١) النهاية : باب العتق وأحكامه ص ٥٤٢ س ١٥ قال : فان شرط عليه انه متى خالفه كان ردا في الرق مخالفة كان له رده في الرق إلخ.

(٢) المهذب : ج ٢ باب العتق وأحكامه ص ٣٥٩ س ٣ قال : وإذا كان له مملوك فأعتقه وشرط عليه انه متى خالفه كان ردا في الرق كان الشرط صحيحا.

(٣) سورة المائدة / ١.

(٤) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٧١ الحديث ٦٦ ولاحظ عوالي اللئالي ج ٣ ص ٢١٧ الحديث ٧٧ وما علق عليه في الهامش.

(٥) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٢ الحديث ٢٨.

(٦) القواعد : ج ٢ ص ٩٨ س ٩ في أحكام العتق قال : ولو شرط إعادته في الرق ان خالف ، أعيد مع المخالفة.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) الشرائع : كتاب العتق ، الفصل الأول قال : ولو شرط إعادته في الرق ان خالف ، أعيد مع المخالفة.

(٩) نكت النهاية : (في الجوامع الفقهية) ص ٤٣٠ س ٤ قال : وان شرط عليه الى قوله : والرواية شاذة فينبغي اطراحها والقول ببطلان العتق الموقوف على الشرط.

(١٠) المختلف : في أحكام العتق ص ٧٤ س ٢٥ قال بعد نقل الأقوال : قال : والجواب الى قوله : ومع

وفي عتق الصبي إذا بلغ عشرة رواية بالجواز حسنة ^(١) ، ولا يصح عتق السكران.

الرواية بالطعن أولاً والقول بالموجب ثانياً ، فإنه إذا ثبت له شرطه رده في الرق لبطلان العتق.
(ج) بطلان الشرط وصحة العتق ، ويلوح من كلام ابن إدريس ^(١) وصرح به فخر المحققين في الإيضاح ^(٢) لبناء العتق على التغليب.

قال طاب ثراه : وفي عتق الصبي إذا بلغ عشرة رواية بالجواز حسنة.
أقول : الرواية إشارة الى ما رواه الشيخ مرفوعاً إلى زرارة عن الباقر عليه السلام قال :
إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له من ماله ما أعتق وتصدق على وجهه المعروف
فهو جائز ^(٣).

وبمضمونها أفتى الشيخ ^(٤) والقاضي عبد العزيز ^(٥) ومنع ابن إدريس ^(٦)

بطلان العتق يكون هذا الحكم ثابتاً.

(١) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٥ س ٣٣ قال : والشرط إذا كان مخالفاً للكتاب والسنة كان باطلاً فهذا شرط يخالف السنة.

(٢) الإيضاح : ج ٣ كتاب العتق ص ٤٧٩ س ١١ قال : والأقوى عندي صحة العتق وبطلان الشرط إلخ.

(٣) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٤٨ الحديث ١٣١.

(٤) النهاية : باب العتق وأحكامه ، ص ٥٤٦ س ٨ قال : وإذا أتى على الغلام عشر سنين جاز عتقه وصدقته
إلخ.

(٥) المهذب : ج ٢ ص ٣٦٢ س ٢ قال : وإذا بلغ الغلام عشر سنين جاز عتقه وصدقته إذا كان على وجه
المعروف.

(٦) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٤ س ٢ قال : ولا يصح العتق إلا من كامل العقل إلى قوله :
ولا يقع العتق من طفل إلخ.

وفي وقوعه من الكافر تردد.

وأبو علي^(١) وهو مذهب المصنف^(٢) والعلامة^(٣) لثبوت الحجر على الصبي حتى يبلغ.

قال طاب ثراه : وفي وقوعه من الكافر تردد.

أقول : أجاز الشيخ عتق الكافر في الكتابين واثبت له الولاء على العتق للمسلم^(٤)
^(٥) لعموم قوله عليه السلام : الولاء لمن أعتق^(٦) لكن لا يرثه ما دام كافرا ، فإن أسلم ورثه
 لأن الكفر يمنع الإرث من المسلم نسبا وسببا ، ومنع ابن إدريس^(٧) لاشتراط نية القرية في
 العتق ، قال العلامة في المختلف : ان كان الكفر باعتبار جهله بالله تعالى فالوجه ما قاله ابن
 إدريس ، وان كان لا بهذا الاعتبار بل باعتبار جحد النبوة وبعض أصول الإسلام كالصلاة
 مثلا فالحق ما قاله الشيخ^(٨).

(١) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٧ س ٣ قال : وقال ابن الجنيد : ولما كان العتق نقل ملك الى قوله :
 وهو يعطي منع عتق الصبي إلى قوله : وقول ابن إدريس هو الوجه لثبوت الحجر على الصبي حتى يبلغ.
 (٢) الشرائع : كتاب العتق ، الفصل الأول في المباشرة قال : وفي عتق الصبي إذا بلغ عشرة وصدقته تردد.
 (٣) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٧ س ٣ قال : وقال ابن الجنيد : ولما كان العتق نقل ملك الى قوله :
 وهو يعطي منع عتق الصبي إلى قوله : وقول ابن إدريس هو الوجه لثبوت الحجر على الصبي حتى يبلغ.
 (٤) المبسوط : ج ٦ فصل في الولاء ص ٧٠ س ٢٢ قال : فاما ان أعتق الكافر عبدا مسلما يثبت له عليه
 الولاء.

(٥) كتاب الخلاف : كتاب العتق ، مسألة ١٢ قال : إذا أعتق كافر مسلما ثبت له عليه الولاء.

(٦) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٤٩ الحديث ١٣٨.

(٧) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٤ س ٣ قال : لان عتق الكافر لا يصح على الصحيح من
 أقوال المحصلين إلخ.

(٨) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٧ س ٢٦ قال : والتحقيق ان يقال : ان كان الكفر باعتبار جهله بالله
 تعالى الى قوله : فالوجه ما قاله ابن إدريس إلخ.

ويعتبر في المعتق ان يكون مملوكا حال العتق مسلما ، ولا يصح لو كان كافرا ، ويكره لو كان مخالفا ولو نذر عتق أحدهما لزم.

قال طاب ثراه : ولا يصح لو كان كافرا ، ويكره لو كان مخالفا ، ولو نذر عتق أحدهما لزم.

أقول : البحث هنا يقع في مقامين.

(الأول) هل يصح عتق الكافر ابتداء ، فيه مذهبان.

المنع : وهو المشهور ، ذهب إليه السيد ^(١) وأبو علي ^(٢) وسالار ^(٣) والتقي ^(٤) وابن حمزة ^(٥) وابن إدريس ^(٦) والمصنف ^(٧) والعلامة في القواعد ^(٨).

والجواز : ذهب اليه الشيخ في الكتابين ^(٩) ^(١٠).

احتج الأولون بما رواه سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام قال : سألته

(١) الانتصار ، في مسائل العتق ص ١٦٩ قال : مسألة ومما انفردت به الإمامية ان من أعتق عبدا كافرا لا يقع عتقه.

(٢) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٠ س ١٧ قال : وقال ابن الجنيد : لا يجوز للمسلم ان يعتق مشركا.

(٣) المراسم : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٩١ س ١ قال : ولا يعتق الا عبد ظاهره الإسلام.

(٤) الكافي : فصل فيما يقتضي فسخ الرق ص ١٨ س ٧ قال : ولا يجوز عتق الكافر.

(٥) الوسيلة : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ، ص ٣٤١ س ٤ قال : والخامس (أي من يحضر أعتقه) واحد وهو الكافر.

(٦) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ، ص ٣٤٤ س ٣ قال : لان عتق الكافر لا يقع على الصحيح من الأقوال.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) القواعد : ج ٢ كتاب العتق ص ٩٦ س ٨ قال : ولا يصح عتق الكافر مطلقا.

(٩) المبسوط : ج ٦ ص ٧٠ فصل في الولاء س ٢١ قال : إذا أعتق المسلم عبدا كافرا عتق إلخ.

(١٠) كتاب الخلاف : كتاب العتق ، مسألة ١١ قال : إذا أعتق مسلم عبدا كافرا عتق إلخ.

أيجوز للمسلم ان يعتق مملوكا مشركا؟ قال : لا ^(١).
احتج الآخرون بما رواه الحسن بن صالح عن الصادق عليه السلام قال : ان عليا عليه السلام أعتق عبدا نصرانيا فأسلم حين أعتقه ^(٢).
(الثاني) على القول بالمنع عن عتقه ابتداء ، هل يصح عتقه مع النذر؟
فنقول : للنذر صورتان.

(أ) ان ينذر عتقه لا معينا ، بل موصوفا بالوصف العنواني كقوله : لله عليّ ان أعتق عبدا كافرا ، وهذا لا ينعقد ، لان تعليق الحكم على الماهية مقيدة بوصف يشعر بعلية ذلك الوصف ، وحينئذ يكون النذر معصية لا طاعة فيه أصلا ، فيكون باطلا.
(ب) ان ينذر عتقه معينا مشخصا ، كقوله : لله عليّ أن أعتق غانما مثلا ، ويكون كافرا ، فهذا لا اشعار فيه بكون الوصف مقصودا ، وجاز ان يسلم ، فهل يصح عتقه؟ قال في النهاية : نعم ^(٣) وحزم به المصنف في النافع ^(٤) ومنع في الشرائع ^(٥) وتوقف العلامة في المختلف ^(٦) وأطلق السيد ومتابعوه القول بالمنع ولم يفصلوا بين النذر وغيره ^(٧).

-
- (١) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢١٨ الحديث ١٥.
(٢) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ، ص ٢١٩ الحديث ١٦.
(٣) النهاية : باب العتق واحكامه ، ص ٥٤٤ س ١١ قال : وإذا نذر الإنسان ان يعتق مملوكا بعينه لم يجز له ان يعتق غيره إلخ.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) الشرائع : كتاب العتق في المباشرة قال : ويعتبر في المعتق الإسلام والملك ، فلو كان المملوك كافرا لم يصح عتقه إلخ.
(٦) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٠ س ٢٦ قال بعد نقل قول الموافق والمخالف : ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.
(٧) تقدم نقل قوله عن الانتصار.

ولو شرط المولى على المعتق الخدمة زمانا معيناً صحّ.
ولو أبق ومات المولى فوجد بعد المدة ، فهل للورثة استخدامه؟ المروي : لا.
وإذا طلب المملوك البيع لم تجب اجابته.

قال طاب ثراه : ولو أبق ومات المولى فوجد بعد المدة ، فهل للورثة استخدامه؟
المروي : لا.

أقول : قد عرفت وجوب الوفاء على العتق بالشرط السائغ ، والخدمة شرط سائغ ،
فاذا أبق فهل للمالك أو ورثته إلزامه أم لا؟
فنقول : اما إلزامه بالخدمة فممنوع ، لأن الزمان المعين للخدمة قد فات ، واجزاء
الزمان ليست متساوية ، فلا يكون من قبيل المضمون بالمثل ، بل بالقيمة ، وهي أجرة المثل
عن تلك المدة ، فهل يجب على المعتق ضمانها؟ قال ابن الجنيّد : لا يلزم المعتق العوض عنه
(١) وقال في النهاية (٢) وتبعه القاضي : ليس للورثة عليه سبيل (٣) وقال ابن إدريس : يضمن
الأجرة (٤) وهو اختيار العلامة (٥).

-
- (١) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٤ س ٢٧ قال : وقال ابن الجنيّد الى قوله : ولو فات الفعل أو امتنع
عنه لم يلزم المعتق العوض عنه.
(٢) النهاية : باب العتق واحكامه ص ٥٤٢ س ٢٠ قال : فإن أبق العبد الى قوله : لم يكن للورثة عليه سبيل.
(٣) المهذب : ج ٢ باب العتق واحكامه ص ٣٥٩ س ٤ قال : وكذلك ان شرط عليه خدمة ستة إلى قوله :
وان أبق المملوك الى قوله : لم يكن للوارث عليه سبيل.
(٤) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٥ س ٣٤ قال : فإن أبق العبد الى قوله : والاولى ان يكون
لهم الرجوع بمثل اجرة تلك المدة إلخ.
(٥) التحرير : ج ٢ كتاب العتق ، الفصل الرابع في الأحكام ص ٧٩ س ٢٤ قال : فإن أبق حتى انقضت
فالوجه ثبوت الأجرة لهم.

ويكره التفريق بين الولد وامه ^(١) ، وقيل : يحرم.

احتج الأولون : بصحيفة يعقوب بن شعيب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل أعتق جاريته وشرط عليها ان تخدمه خمس سنين ، فأبقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته ، ألهم ان يستخدموها؟ قال : لا ^(٢).

قال ابن إدريس : قول الشيخ (لم يكن للورثة عليه سبيل) أي ليس للورثة عليه سبيل في الخدمة ، والأولى ان يكون لهم الرجوع بمثل اجرة تلك المدة ، لأنها مستحقة عليه وقد فاتت أوقاتها ، فيرجع عليه بأجرة مثلها ، اما الخدمة فليس لهم عليه سبيل ، فلأجل هذا قال شيخنا في نهايته : لم يكن للورثة عليه سبيل ، يعني في الخدمة ^(٣) قال العلامة : وهذا تأويل حسن ويؤيده قول الصدوق (وليس لهم ان يستخدموها) ^(٤) وهو عين الرواية المتقدمة ، حيث سئل (ألهم ان يستخدموها؟ قال : لا) ونفي الاستخدام لا يلزم نفي الأجرة الثابتة لهم عوضا عما ألتفته عليهم من الخدمة ^(٥).

فرع

هل يجب على المعتق نفقة المعتق في مدة الخدمة؟ قال ابن الجنيدي : نعم لقطعه عن التكسب ^(٦) وهو حسن ويحتمل عدمه لأنها تابعة للملك ، وينفق عليه من بيت المال أو الصدقات.

قال طاب ثراه : ويكره التفرقة بين الولد وامه.

(١) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٢٢ الحديث ٣٠.

(٢) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٥ س ٣٦ قال بعد نقل ان للورثة اجرة تلك المدة : فلأجل هذا قال شيخنا إلخ.

(٣) المقنع : باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٧ س ١ قال : فليس لهم ان يستخدموها.

(٤) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٤ س ٣٢ قال : وهذا تأويل حسن ويبيده قول الصدوق إلخ.

(٥) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٤ س ٢٨ قال : وقال ابن الجنيدي : الى قوله : ويجعل له في تلك المدة ما ينفق منه ويكتسي به لقطعه بشرطه عليه من التكسب إلخ.

وإذا أتى على المملوك المؤمن سبع سنين يستحب عتقه ، وكذا لو ضرب مملوكه ما هو حدّ.

مسائل سبع.

(الأولى) لو نذر تحرير أول مملوك يملكه ، فملك جماعة تخير في أحدهم ، وقيل : يقرع بينهم ، وقال ثالث : لا يلزمه عتق.

(الثانية) لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين عتقا.

(الثالثة) لو أعتق بعض ممتلكه ، فقليل له : هل أعتقت ممتلكك؟ فقال : نعم ، لم ينعقد إلا من سبق عتقه.

(الرابعة) لو نذر أمته ان وطأها صح ، فإن أخرجها عن ملكه انحلت

أقول : تقدم البحث في هذه المسألة في باب البيع.

قال طاب ثراه : لو نذر تحرير أول مملوك يملكه فملك جماعة ، تخير في أحدهم ، وقيل : يقرع ، وقال ثالث : لا يلزمه عتق.

أقول : المذهب الأول وهو التخيير قول أبي علي ، فان مات أو منع عن بيان ارادته أقرع^(١) واختاره المصنف^(٢).

والثاني قول الشيخ في النهاية^(٣) وتبعه القاضي^(٤) وبه قال الصدوق^(٥)

(١) المختلف : كتاب العتق ص ٧٤ س ٣٦ قال : وقال ابن الجنيد : الى قوله : اختار أيهم شاء فأعتقه.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) النهاية : باب العتق واحكامه ص ٥٤٣ س ١٨ قال : وإذا نذر الإنسان ان يعتق أول مملوكه الى قوله : أقرع بينهم.

(٤) المهذب : ج ٢ باب العتق واحكامه ص ٣٦٠ س ٧ قال : وإذا نذر عتق أول مملوك يملكه الى قوله : أقرع بينهم.

(٥) المقنع : باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٧ س ٤ قال : فان قال : أول مملوك أملكه فهو حر الى قوله : فإنه يقرع بينهم.

اليمين وان عادت بملك مستأنف.

(الخامسة) لو نذر عتق كل عبد قديم في ملكه ، أعتق من كان في ملكه ستة أشهر فصاعدا.

واختاره العلامة ^(١) والثالث قول ابن إدريس ^(٢).

احتج الأولون بما رواه الحسن الصيقل عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل قال : أول مملوك أملكه فهو حرّ ، فأصاب ستة قال : انما كان نيته على واحد فليتخير أيهم شاء فليعتقه ^(٣).

ولأن كل واحد منهم أول بالنسبة إلى من يتجدد ملكه عليه وقد كان مخيرا في اتخاذ سبب النذر فيه بان يشتريه أولا منفردا فثبت له الخيار كما كان. ولان المراد بالأول من لم يسبقه غيره فإنه لو ملك واحدا ولم يملك بعده غيره أعتق إجماعا ، ويصدق على كل واحد أنه غير مسبوق.

وأجيب عن الرواية بالمعارضة بأصح منها وفي طريقها إسماعيل بن يسار الهاشمي ، وهو مذكور بالضعف ^(٤).

وعن الثاني بأن اتحاد الوصف يوجب عتقه أولا ، ولا أولوية ، ولا يجب عتق الكل فيتعين القرعة لتحقيق الاشكال.

والمعتمد الأول لأصالة براءة الذمة من وجوب القرعة.

احتج الشيخ بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل قال : أول

(١) المختلف : كتاب العتق ص ٧٥ س ٢ قال : وما اختاره الشيخ في النهاية هو المعتمد.

(٢) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٦ س ٦ قال محمد بن إدريس : والأولى عندي انه لا يعتق شيء من العبيد إلخ.

(٣) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٢٦ الحديث ٤٥.

(٤) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن أحمد بن يحيى ، عن محمد بن الحسين ، عن إسماعيل بن يسار الهاشمي ، عن علي بن عبد الله بن غالب القيسي ، عن الحسن الصيقل).

(السادسة) مال المعتق لمولاه وان لم يشترط ، وقيل : ان لم يعلم به فهو له ، وان علمه ولم يستثنه فهو للعبد.

(السابعة) إذا أعتق ثلث عبيده استخرج الثلث بالقرعة.

مملوك أملكه فهو حر فورث سبعة جميعا ، قال : يقرع بينهم ويعتق الذي يخرج اسمه ^(١).
ولأنه بملك الجماعة يصدق عليه انه قد ملك مملوكا واحدا قطعاً فذلك الواحد ان لم يسبقه ملك مملوك غيره فهو ملك واحد لا غير فوجب عتقه من غير ترقب ملك ثان ، وان سبقه ملك مملوك فذلك هو الأول ، فيتعين للنذر ، ولا يلزم من عدم صدق الأول على كل واحد بالنسبة إلى الآخر عدم صدقه على كل واحد مطلقا ، فيصدق على كل واحد انه أول ، فاما ان يقرع أو يتخير ، فيبطل قول ابن إدريس قال العلامة : ولا استبعد قول أبي علي ^(٢).

احتج ابن إدريس بأصالة براءة الذمة ، وبأن شرط النذر ما وجد ، لأنه نذر عتق أول مملوك يملكه وليس لمن ملك في حالة واحدة جماعة من المماليك أول ^(٣).

وعورض بالاحتياط ، ولا نسلم عدم وجود شرط النذر ، وقد بيناه.

قال طاب ثراه : مال المعتق لمولاه وان لم يشترط. وقيل : ان لم يعلم به فهو له ، وان علم ولم يستثنه فهو للعبد.

أقول : النظر هنا يقع في أربعة أبحاث.

(الأول) في تحقق الملك ومسائله ثلاث :

(١) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٢٥ الحديث ٤٤.

(٢) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٥ س ١٤ قال بعد نقل الأقوال : على اني لا استبعد قول ابن الجنيد لكن الأقوى الأول.

(٣) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٦ س ٦ قال : والأولى عندي انه لا يعتق شيء من العبيد الى قوله : والأصل براءة الذمة إلخ.

(أ) ملك رقبة المال ، والمراد به لا مستقرا ، بل ملكا قابلا لتصرف السيد فيه ، ولا نتراعه منه.

وفيه مذهبان

الملك وهو ظاهر الصدوق ^(١) وأبي علي ^(٢). والأخر المنع ذهب اليه ابن إدريس ^(٣) والشيخ في النهاية ^(٤) والعلامة في أكثر كتبه ^(٥) وذهب المصنف إلى انه يملك ويكون محجورا عليه لمكان الرق كما يحجر على الصبي والسفيه ^(٦).

(ب) يملك ملك التصرف ^(٧) في الجملة ، وهو لازم للأول دون العكس ، وأثبتته الشيخ في النهاية ^(٨) وتبعه القاضي ^(٩) وقواه العلامة في المختلف ^(١٠) واختاره

(١) المنع : باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٧ س ١٠ قال : فإن أعتق رجل عبده وله مال ، فإن كان علم حين أعتقه علم ان له مال تبعه ماله ، والا فهو له إلخ.

(٢) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٢ س ١٢ قال : وقال ابن الجنيد : وإذا حرر السيد عبده ومعه مال إلى قوله : كان للمعتق.

(٣) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٤ س ٢٢ قال : وإذا أعتق مملوكا وله مال فماله لمولاه إلى قوله : لان العبد لا يملك شيئا.

(٤) النهاية : باب العتق واحكامه ص ٥٤٣ س ٨ قال : والعبد والمملوك لا يملك شيئا من الأموال ما دام رقبا.

(٥) القواعد : ج ٢ في أحكام العتق ص ٩٩ س ١٠ قال : ومال العبد لمولاه إلخ. وفي التحرير ج ٢ ص ٨٠ س ٥ قال : العبد لا يملك شيئا. وفي المختلف كتاب العتق وتوابعه ص ٧٣ س ١٧ قال : لنا انه ملك محض فلا يكون له أهلية التملك إلخ.

(٦) الشرائع : كتاب التجارة ، في بيع الحيوان (الاولى) قال : ولو قيل يملك مطلقا لكنه محجور عليه بالرق حتى يأذن له المولى كان حسنا.

(٧) في (گل) : يملك التصرف.

(٨) النهاية : باب العتق واحكامه ص ٥٤٣ س ٨ قال : فان ملكه مولاه شيئا ملك التصرف فيه إلخ.

(٩) المهذب : ج ٢ باب العتق واحكامه ص ٣٥٩ س ١٤ قال : فان ملكه سيده شيئا من ذلك ملك التصرف فيه.

(١٠) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٣ س ٢٤ قال : لو فرضنا ان العبد يملك ، فإنه لا يملك ملكا

.....

الشهيد^(١).

ومنع منه ابن إدريس^(٢) والعلامة في أكثر كتبه^(٣) وفخر المحققين^(٤).
(ج) اباحة التصرف ، ولا شك في حصوله للعبد ، وعليه إجماع الأمة ، سواء كان التملك من السيد أو من غيره ، وهو المعني بالملك عند القائلين بمنع الأولين. احتج المانعون بوجوه.

(الأول) انه ملك محض فلا يكون له أهلية التملك كغيره من المملوكات.
(الثاني) انه لو ملك لدخل المال في ملكه بالأسباب الموجبة للدخول بغير اختيار كالإرث ، ولذا وجب شراؤه من مال مورثه وإعتاقه إذا لم يكن غيره ليتحقق سبب التملك فيه ، فلو أمكن تحققه قبل العتق كان توسط التكليف بذلك عبثا.
(الثالث) انه لو ملك لما جاز للسيد أخذه منه قهرا ، والتالي باطل بالإجماع فكذا المقدم.

بيان الشرطية : تحريم الاستيلاء على مال المسلم بغير رضاه ، ولقوله عليه السلام :
المسلم أخو المسلم لا يجل له ماله الا عن طيب نفس منه^(٥).
وبيان بطلان التالي بعد الإجماع : صحيحة محمد بن إسماعيل عن الرضا

تاما إلخ.

- (١) اللعة الدمشقية : ج ٣ في بيع الحيوان ص ٣١٣ س ١ قال : وقيل مطلقا لكنه محجور عليه بالرق إلخ.
- (٢) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٤ س ٢٢ قال : لان العبد عندنا لا يملك شيئا.
- (٣) تقدّم نقله عن القواعد والتحرير والمختلف.
- (٤) الإيضاح : ج ٣ كتاب العتق ص ٤٨٩ س ١٠ فإنه بعد نقل قول العلامة وابن إدريس بعدم الملك. قال : وهو الأقوى عندي.
- (٥) عوالي اللئالي : ج ١ ص ٢٢٢ الحديث ٩٨ وص ١١٣ الحديث ٣٠٩ وج ٢ ص ٢٤٠ الحديث ٦ وج ٣ ص ٤٧٣ الحديث ٣.

عليه السلام قال : سألته عن الرجل يأخذ من أم ولده شيئاً وهبه لها بغير طيب نفسها من خدم أو متاع ، أيجوز ذلك له؟

قال : نعم إذا كانت أم ولده ^(١).

(الرابع) قوله تعالى ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ ^(٢) وهو نكرة

في سياق نفي ، فيفيد العموم لما ثبت في موضعه.

(الخامس) قوله تعالى ﴿ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلًا مِنْ أَنْفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ

مِنْ شُرَكَاءَ فِي مَا رَزَقْنَاكُمْ فَأَنْتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ﴾ ^(٣) الآية ، وهو توبيخ وتقريع وإنكار في صيغة

الاستفهام ، كقوله ﴿هَلْ مِنْ خَالِقٍ غَيْرِ اللَّهِ﴾ ^(٤).

احتج المثبتون بأنه يصح عتقه من فاضل الضريبة ، وكل من صحَّ عتقه فهو مالك ،

والتالي حق لقوله عليه السلام : لا عتق إلا في ملك ^(٥) فكذا المقدم ، وبيان الشرطية

صحيحة عمر بن يزيد وسيأتي إطلاق الأحاديث الدالة على الإضافة كقول الصادق عليه

السلام : فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك ^(٦) واللام للملك حقيقة

(البحث الثاني) في تبعية المال له بعد العتق ، وكل من منع الملك للمعين ، أو

التصرف كالعلامة ^(٧) وولده ^(٨) وابن إدريس ^(٩) منع التبعية ولا يحتاج الى

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٤٢ الباب ١٠ الحديث ٢.

(٢) سورة النحل / ٧٥.

(٣) سورة الروم / ٢٨.

(٤) سورة الفاطر / ٣.

(٥) لاحظ عوالي اللثالي : ج ٢ ص ٢٩٩ الحديث ٤ وج ٣ ص ٤٢١ الحديث ٣ وما علق عليه.

(٦) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٢٤ الحديث ٤٠.

(٧) القواعد : ج ٢ في أحكام العتق ص ٩٩ س ١٠ قال مال العبد لمولاه وان علم به حال العتق.

(٨) الإيضاح : ج ٤ ص ٤٨٩ س ١١ فإنه بعد نقل قول العلامة وابن إدريس بالمنع عن ملكية العبد قال : وهو الأقوى عندي.

(٩) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٤ س ٢٢ قال : وإذا أعتق مملوكا وله مال فما له لمولاه

استثناء ، بل يكون للسيد علم به أولاً. ومن أثبت الملك للرقبة أو التصرف قال : ان علم به حال العتق ولم يستثنه فهو للعبد ، والا فهو للسيد نص عليه الشيخ في النهاية ^(١) وأبو علي ^(٢) والصدوق ^(٣) والتقي ^(٤).

احتجوا عليه بصحيفة زرارة عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن رجل أعتق عبدا له وللعبد مال ، لمن المال؟ فقال : ان كان يعلم ان له مالا يتبعه ماله ، والا فهو له ^(٥).
(البحث الثالث) في كيفية الاستثناء.

فقول : على تقدير عدم التبعية للجهل أو الاستثناء ، هل يشترط تقديم لفظ الاستثناء على الحرية؟ قال الشيخ في النهاية : نعم ^(٦) واختاره فخر المحققين ^(٧).
ولم يشترطه العلامة ^(٨) وأطلق الصدوق ^(٩) وابن الجنييد صحة

(١) النهاية : باب العتق واحكامه ص ٥٤٣ س ١ قال : فان كان عالما بان له مالا كان المال للعبد.
(٢) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٣ س ١٢ قال : وقال ابن الجنييد الى قوله : فان علم به فلم يستثنه كان للمعتق.
(٣) المنع : باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٧ س ١٠ قال : فان كان حين أعتقه علم ان له مالا تبعه ماله.
(٤) الكافي : فيما يقتضي فسخ الرق ص ٣١٨ س ٤ قال : وإذا أعتق عبدا أو امة وله مال يعلم به فهو للمعتق.

(٥) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٢٣ الحديث ٣٦.
(٦) النهاية : باب العتق واحكامه ص ٥٤٣ س ٤ قال : بل يبدأ فيقول : لي مالك وأنت حر إلخ.
(٧) الإيضاح : ج ٣ ، المقام الثالث في كيفية الاستثناء ص ٤٩١ س ١٧ فإنه بعد نقل الأقوال قال : والأقوى عندي قول الشيخ إلخ.

(٨) القواعد : ج ٢ ص ٩٩ في أحكام العتق س ١٠ قال : مال العبد لمولاه وان علم به حالة العتق ولم يستثنه.
(٩) المنع : باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٧ قال : فإن أعتق رجل عبده وله مال فان كان حين أعتقه علم ان له مالا تبعه ماله والا فهو له.

.....

الاستثناء^(١).

احتج الأولون بأن قوله أنت حرّ موجب للتحرير ، فيقع الاستثناء بعد تمام السبب ، فلا يكون مؤثرا.

ولصحيحة أبي جرير قال : سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الرجل قال لمملوكه أنت حرّ ولي مالك ، قال : لا يبدأ بالحرية قبل المال ، يقول : لي مالك وأنت حرّ برضا المملوك^(٢).

احتج العلامة بالأصل ، ولأنّ الكلام انما يتم بآخره كما لو قال : أنت حرّ وعليك خدمة سنة^(٣).

وفي الاستدلال بالرواية نظر لأنه شرط فيها رضا المملوك ولم يقل به الشيخ. البحث الرابع فيما يلحقه من الاحكام.

وهي ثلاثة : صحة الصدقة ، والعتق ، وعدم ثبوت الولاء.

ومستنده رواية عمر بن يزيد في الصحيح عن الصادق عليه السّلام قال : سألت عن رجل أراد أن يعتق مملوكا له ، وقد كان مولاه يأخذ منه ضريبة فرضها عليه في كل سنة ، فرضي بذلك المولى ورضي بذلك المملوك ، فأصاب المملوك في تجارته مالا سوى ما كان يعطيه مولاه من الضريبة ، قال : فقال : إذا أدى الى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك ، قال أبو عبد الله عليه السّلام : أليس قد فرض الله عزّ وجلّ على العباد فرائض فإذا أدّوها اليه لم يسألهم عما سواها ،

(١) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٣ س ١٢ قال : وقال ابن الجنيد الى قوله : فان علم به فلم يستثنه كان للمعتق.

(٢) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٢٤ الحديث ٣٩.

(٣) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٣٤ س ٢٨ قال : المقام الثالث الى قوله : لان الكلام انما يتم بآخره إلخ.

قلت له : فللمملوك ان يتصدق مما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي كان يؤديها إلى سيده؟
قال : نعم وأجر ذلك له ، قلت : فإن أعتق مملوكا اكتسب سوى الفريضة لمن يكون ولاء
المعتق؟ قال : فقال : يذهب فيتوالى الى من أحب ، فإذا ضمن جريرته وعقله كان مولاه
وورثه ، قلت : أليس قال رسول الله صلى الله عليه وآله : الولاء لمن أعتق؟ فقال : هذا
سائبة لا يكون ولاؤه لعبد مثله ، قلت : فان ضمن العبد الذي أعتقه جريرته وحدثه ، أيلزمه
ذلك ويكون مولاه ويرثه؟ قال : فقال : لا يجوز ذلك ولا يرث عبد حرا^(١).

ورواها الصدوق أيضا في الصحيح^(٢).

وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية^(٣).

تنبيه

قد عرفت ان المصنف وافق الصدوق وأبا علي على تملك العبد وخالفهما في ثبوت
الحجر عليه ويظهر تحقيق ذلك في مسائل.

منها : لو أعتق العبد من دون إذن فإنه ينفذ على قول الصدوق ، ويقف على
الإجازة أو يبطل على قول المصنف.

ومنها : لو تصدق فإنه ينفذ على الأول دون الثاني.

ومنها : لو باع فينفذ على الأول ويجوز التصرف فيه للمشتري ويحكم له بالنماء

(١) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٢٤ الحديث ٤٠.

(٢) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (٥٠) باب المكاتبه ص ٧٤ الحديث ٦.

(٣) النهاية : باب العتق واحكامه ص ٥٤٣ س ٨ قال : فان ملكه مولاه شيئا ملك التصرف فيه بجميع ما يريد
، وكذلك إذا فرض عليه ضريبة يؤديها اليه وما يفضل بعد ذلك يكون له جاز ذلك إلخ.

واما السراية : فمن أعتق شقصا من عبده عتق كله. ولو كان له شريك قوّم عليه نصيبه ان كان موسرا ، وسعى العبد في فك باقيه ان كان المعتق معسرا ، وقيل : ان قصد الإضرار فكّه ان كان موسرا وبطل العتق ان كان معسرا. وان قصد القرية لم يلزمه فكّه وسعى العبد ، في حصة الشريك ، فان امتنع العبد استقر ملك الشريك على حصته.

من حين العقد ، وعلى الثاني يبطل أو يقف على الإجازة ، ولا يجوز له التصرف قبلها ، ومع فسخ المولى يسترجع النماء من المشتري.

ومنها : لو وجب على العبد كفارة مخيرة أو مرتبة ، فعلى الأول يصح تكفيره بالعتق وان لم يأذن السيد ، وعلى قول المصنف يصح ان يسبق الاذن ، وعلى الثالث لا يصح وان حصل الاذن ، بل يكفّر بالصوم.

قال طاب ثراه : وقيل : ان قصد الإضرار فكّه ان كان موسرا ، وبطل العتق ان كان معسرا وان قصد القرية لم يلزمه فكّه وسعى العبد في حصة الشريك ، فان امتنع استقر ملك الشريك على حصته.

أقول : عتق السراية ثابت بالنص والإجماع.

أما الأوّل : فقول النبيّ صلى الله عليه وآله : من أعتق شقصا من عبد وله مال قوّم عليه الباقي ^(١) وإذا وجب تكميل العتق والعبد لغيره ، فلان يكمل والباقي له اولى. وفي رواية غياث بن إبراهيم الداري عن الصادق عن الباقر عليهما السلام : ان

(١) رواه أصحاب الصحاح والسنن بعبارات مختلفة والمعاني واحدة ، لاحظ صحيح مسلم ج ٢ كتاب العتق ص ١١٤٠ باب ذكر سعاية العبد الحديث ٢ وسنن ابن ماجه ج ٢ كتاب العتق ص ٨٤٤ الحديث ٢٥٢٧ ومسند احمد بن حنبل ج ٢ ص ٤٧٢ وج ٤ ص ٣٧ ولاحظ العوالي ج ٢ ص ٣٠٦ الحديث ٢٨ وج ٣ ص ٤٢٧ الحديث ٢٤ وهو مطابق للمتن.

رجلا أعتق بعض غلامه ، فقال علي عليه السلام : هو حرّ ليس لله شريك ^(١) ونفي الشركة مشترك بين ان يكون العبد له أو مشتركا.
 قيل : ان رجلا أعتق شقصا له من مملوك فلم يضمه النبي صلى الله عليه وآله ^(٢).
 وأجيب : بأنه محمول على المعسر جمعا بين الاخبار.
 إذا عرفت هذا فنقول : إذا أعتق الشريك لا يخلو اما ان يكون موسرا أو معسرا ، فهنا قسمان.

(الأول) عتق الموسر وشرط الشيخ في التقويم عليه قصد الإضرار بشريكه ، ومع قصد القرية لا يقوم ، بل يستحب له ، فان لم يفعل استسعى العبد في الباقي ولم يكن لصاحبه الذي يملك ما بقي منه استخدامه ولا له عليه ضريبة ، بل يستسعيه فيما بقي من ثمنه ، فان امتنع العبد من السعي في فكّ رقبته كان له بقدر ما انعتق ولمولاه بقدر ما بقي ^(٣).
 والباقون على التقويم مطلقا عملا بعموم الخبر.
 احتج الشيخ بحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام انه سئل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه ، فقال : ان كان مضارا كلف ان يعتقه كله ، وآلا استسعى العبد في النصف الآخر ^(٤).

وأورد ابن إدريس لزوم التناقض ، لاشتراط قصد القرية في العتق ، فصحته مع

(١) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ، ص ٢٢٨ الحديث ٥٧.

(٢) سنن أبي داود : ج ٤ باب فيمن روى انه لا يستسعى ، ص ٢٥ الحديث ٣٩٤٨.

(٣) النهاية : باب العتق واحكامه ص ٥٤٢ س ٣ قال : وإذا كان العبد بين شريكين الى قوله : ألزم ان يشتري ما بقي إلخ.

(٤) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٢٠ الحديث ٢١.

قصد المضارة ، وهو لزوم السراية فيه ، وعدم لزومها مع قصد القرية غير واضح ولا مستقيم^(١).

وأجاب العلامة عنه : بان المراد بالإضرار هنا تقويمه قهرا ، أو منع المالك عن ملكه^(٢).

(الثاني) عتق المعسر ، وفيه ثلاثة أقوال.

(أ) استسعاء العبد في نصيب الشريك قاله الصدوق^(٣) والسيد^(٤) وهو المشهور. ومستنده رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال : من كان شريكا في عبد أو أمة ، قليل أو كثير فأعتق حصته ، وله سعة ، فليشتره من صاحبه فيعتقه كله ، وان لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم أعتق منه ما عتق ثم يسعى العبد في حساب ما بقي حتى يعتق^(٥).

(ب) استقرار الرق في الباقي قاله الشيخ في المبسوط^(٦).

(١) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٥ س ٢٤ فإنه بعد نقل كلام الشيخ في النهاية قال : قال محمد بن إدريس : قوله هذا عجيب الى قوله : وهذا متناقض مخالف لأصول المذهب إلخ.

(٢) المختلف : كتاب العتق واحكامه ص ٧٢ س ٨ فإنه بعد نقل قول الشيخ وابن إدريس مبسوطا قال : وقول ابن إدريس في الرد على الشيخ ضعيف ، لان الشيخ لم يقصد أنه أعتق لمجرد الإضرار إلخ.

(٣) المقنع : باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٦ س ٩ قال : وان لم يكن له سعة في المال الى قوله : ثم يسعى العبد.

(٤) الانتصار في مسائل العتق ص ١٦٩ س ١٣ قال : مسألة ومما انفردت به الإمامية ان العبد إذا كان بين شريكين الى قوله : وان كان المعتق معسرا وجب ان يستسعى العبد في باقي ثمنه إلخ.

(٥) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ، ص ٢٢١ الحديث ٢٤.

(٦) المبسوط : ج ٦ ص ٥٥ س ١٣ قال : فاما ان كان معسرا فأعتق نصيبه منه أعتق منه ما أعتق ورق الباقي عندنا.

وإذا أعتق الحامل تحرر الحمل ولو استثنى رقه ، لرواية السكوني. وفيه مع ضعف السند إشكال منشأه عدم القصد إلى عتقه.

واما العوارض : فالعمى ، والجذام ، وتنكيل المولى بعبده.

ومستنده رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام في جارية كانت بين اثنين وأعتق أحدهما نصيبه قال : ان كان موسرا كلف ان يضمن ، وان كان معسرا أخذت بالخصص^(١).

(ج) انه ان كان قصد الإضرار بطل العتق ، وان قصد القرية استسعى العبد في فك رقبته ، وان امتنع العبد من السعي كان له من نفسه قدر ما أعتق ولمولاه الباقي قاله الشيخ في النهاية^(٢).

ومستنده رواية محمد عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال : وان عتق الشريك مضارا وهو معسر فلا عتق له لأنه أراد ان يفسد على القوم ملكهم فيرجع على القوم حصصهم^(٣).

وأجيب بحمله على قصد الإضرار خاصة دون التقرب ، جمعا بين الأحاديث^(٤).

قال طاب ثراه : وإذا أعتق الحامل تحرر الحمل ولو استثنى رقه ، لرواية السكوني ، وفيه مع ضعف السند إشكال ، منشأه من عدم القصد إلى عتقه.

أقول : عتق السراية انما يكون في الأشقاص ، لا في الأشخاص ، فلا يسري

(١) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢١٩ الحديث ١٨.

(٢) النهاية باب العتق واحكامه ص ٥٤٢ س ٥ قال : وان لم يكن موسرا الى قوله : ولمولاه ما بقي.

(٣) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٢١ قطعة من حديث ٣٨.

(٤) قاله الفخر في الإيضاح : ج ٣ كتاب العتق ص ٤٩٦ س ١٩ فلاحظ.

العتق في الحمل الى امه وبالعكس كما لا يتبعها في البيع قاله ابن إدريس ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣).

وقال الشيخ في النهاية : ينعتق الحمل ، وان استثناه من الحرية لم يثبت رقه ^(٤) وتبعه القاضي ^(٥) وابن حمزة ^(٦) وهو ظاهر أبي علي ^(٧).

والمستند رواية السكوني عن الصادق عن الباقر عليهما السلام في رجل أعتق أمة وهي حبلى فاستثنى ما في بطنها ، قال : الأمة حرة وما في بطنها حر ، لان ما في بطنها منها ^(٨) قال الشهيد ^(٩) : وعليها القدماء.

ويؤيدها صحيحة الحسن الوشاء عن الرضا عليه السلام في جارية دبّرت وهي حبلى : ان علم به فهو مدبر والا فهو رق ^(١٠).

(١) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٧ س ٢٠ قال : والأصل ان لا عتق ، وثبوت العبودية في حملها إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٦ س ٣٩ فإنه بعد نقل قول الشيخ ومن تبعه ونقل قول ابن إدريس قال : والوجه ما قاله ابن إدريس.

(٤) النهاية : باب العتق واحكامه ص ٥٤٥ س ١٥ قال : وإذا أعتق الرجل جارية حبلى من غيره صار ما في بطنها حرا كهيئتها إلخ.

(٥) المهذب : ج ٢ كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٦١ س ١٢ قال : وإذا أعتق مملوكة له حاملا من غيره كان حملها معتقا فان استثناه من الحرية لم يثبت له رق مع مضي الحرية في أمة.

(٦) الوسيلة : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٢ س ١٤ قال : وان أعتق أمة ذات ولد الى قوله : وان كانت حاملا سرى اليه.

(٧) المختلف : كتاب العتق وتوابعه ص ٧٦ س ٣٦ فبعد نقل قول الشيخ قال : وهو ظاهر كلام ابن الجنيد.

(٨) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (٥٣) باب الحرية ص ٨٥ الحديث ٨.

(٩) اللعة : ج ٦ ص ٣٠٧ س ٦ قال : وعتق الحامل لا يتناول الحمل كما لا يتناوله البيع إلخ.

(١٠) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦١ الحديث ١٥.

والحق الأصحاب الإقعاد^(١) ، فمضى حصل احد هذه الأسباب فيه ، انعتق. وكذا إذا أسلم العبد في دار الحرب سابقا على مولاه. وكذا لو كان العبد وارثا ولا وارث غيره دفعت قيمته على مولاه.

قال طاب ثراه : والحق الأصحاب الإقعاد.

أقول : إنما نسب الإلحاق إلى الأصحاب ، لاستناده إلى إجماعهم وخلو لفظ الرواية عنه.

روى السكوني عن النوفلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا عمى أو أجذم فلا رق عليه^(٢).

وروى ابن محبوب عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كل عبد مثّل به فهو حر^(٣).

ومثله روى أبو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكّل بمملوكه انه حرّ سائبة يتوالى الى من أحب^(٤).
والتحقيق : ان العوارض ثمانية.

(أ) الملك للعمودين ، ونعني بهما الإباء والأولاد ، فمضى حصل الملك لأحدهم ، اختياريا كان سبب التملك أو قهريا ، انعتق المملوك. وكذا ينعتق على الرجل المحرمات عليه.

اما انعتاق الولد : فلقوله تعالى ﴿وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا إِنَّ كُلَّ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ إِلَّا آتِي الرَّحْمَنِ عَبْدًا﴾^(٥) دلت على منافات العبودية للولد ،

(١) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٢٢ الحديث ٣١ ولفظ الحديث (عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : إذا عمى المملوك فلا رق عليه ، والعبد إذا جذم فلا رق عليه).

(٢) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٢٣ الحديث ٣٤.

(٣) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٢٣ الحديث ٣٥.

(٤) سورة مريم / ٩٢ - ٩٣.

.....

وفي الوالد بطريق أولى.

واما المحارم : فلقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾^(١) نفى اللوم عن الوطي بملك اليمين ، وهو ممتنع هنا ، فلا يكون الملك حاصلًا ، لان انتفاء اللازم يدل على انتفاء ملزومه.

وكذا لا ينعقد على المرأة سوى العمودين ، لقيام الدليل الأول فيهما ، وعدم تحقق الثاني في غيرهما ، والأصل بقاء الملك وعدم العتق.

(ب) عروض الجذام للمملوك.

(ج) عروض البرص عند ابن حمزة^(٢) ولم يشتهه الباكون.

(د) عروض العمى.

(هـ) تنكيل المولى به خلافا لابن إدريس^(٣).

(و) الإقعاد عند أصحابنا.

(ز) موت قريبه مع عدم وارث سواه.

(ح) إسلام العبد في دار الحرب قبل مولاه ، واشترط السيد خروجه قبله^(٤) ولم يشترطه الأكثر.

(١) سورة المؤمنون / ٦٠٥ .

(٢) الوسيلة : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ، فصل في بيان العتق واحكامه ص ٣٤٠ س ١١ قال : ومن نكل به أو برص إلخ.

(٣) السرائر : كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٤ س ٢١ قال : ولا يجوز ان يعتق في الكفارة الأعمى والمجذوم والمقعد ، لأن هؤلاء خرجوا عن الملك بهذه الآفات ، والعتق لا يكون إلا بعد الملك.

(٤) لم نعثر عليه.

كتاب التدبير

كتاب التدبير والمكاتبه والاستيلاء

اما التدبير فلفظة الصريح : أنت حر بعد وفاي ، ولا بد فيه من النية ، ولا حكم لعبارة الصبي ، ولا المجنون ، ولا السكران ، ولا المخرج الذي لا قصد له.

كتاب التدبير والمكاتبه والاستيلاء

التدبير هو عتق المملوك بعد وفاة سيده ، واشتقاقه من الدبر. ولما كان التحرير انما يحصل بعد الوفاة ، وهي دبر الحياة ، سمي تدبيراً. ويدل على مشروعيته النص والإجماع. اما الأول : فالسنة المتواترة ^(١) واما الثاني : فلا خلاف بين الأمة فيه.

تذنيبان

(الأول) التدبير قسمان : مطلق كقوله : إذا مت فأنت حر ، ومقيد كقوله : إذا مت في شهري هذا أو سنتي هذه ، أو مرضي هذا فأنت حر ، فان حصل الموت مع الشرط وقع التدبير وإلا فلا.

(١) الظاهر ان مراد المصنف ب (السنة المتواترة) هي الطريقة المستقيمة والمنهج الدائرة من مبدع الشرع القويم صلوات الله عليه وآله الى القرون المتطاولة والأعصار القاصية والدانية.

وفي اشتراط القرية تردد.

(الثاني) التدبير هل هو وصية بالعتق ، أو عتق بصفة؟ قيل : بالأول لأن العتق لا يقع معلقا ، ولاعتبار خروجه من الثلث ، ولجواز الرجوع فيه ، وقيل : بالثاني لعدم اشتراط القبول فيه ، وعدم توقفه بعد الوفاة على الإعتاق من الوارث له أو الحاكم ، فكان عتقا بصفة ، وجاز هنا للإجماع ، إذا العام يخص بالدليل.

تنبيه

الموصى بعتقه ليس مدبرا وان خرج من الثلث.

ويظهر فائدته في مسائل

(أ) افتقاره إلى الإعتاق بعد الوفاة من الوارث ، أو الحاكم مع امتناعه ، وعدمه في المدبر.

(ب) ثبوت الحرية في المدبر من حين الموت ، وفي الموصى بعتقه بعد إعتاقه ، فالكسب للعبد من حين الموت في الأول ، وبعد الإعتاق في الثاني.

(ج) لو مات المملوك بعد موت سيده قبل الإعتاق في الموصى بعتقه ، حكم بموته عبدا ، ومثونة تجهيزه على الوارث ، وفي المدبر على بيت المال.

(د) صحة تملكه بالهبة والوصية واستحقاق الوقف والنذر وصحة المعاملة وزوال الحجر بعد الموت في المدبر وأضدادها في الموصى به الآ بعد الإعتاق.

وانما عقد المصنف الكتاب على الثلاثة ، أعني التدبير والمكاتبة والاستيلاد؟ لاشتراكها في شيء واحد ، وهو صدور سبب العتق عن المالك في الحال ، وتوقع حصول الملك في ثاني الحال ، مع جواز ان لا يحصل برجع السيد في التدبير ، أو عجز التركة عنه ، وحصول عجز العبد في الكتابة ، وموت الولد في الاستيلاد.

قال طاب ثراه : وفي اشتراط القرية تردد.

ولو حملت المدبرة من مولاهما لم يبطل تدبيرها وتنعتق بوفاته من الثلث.
ولو حملت من غيره بعد التدبير فالولد مدبر كهيتها.
ولو رجع في تدبيرها لم يصح رجوعه في تدبير الأولاد ، وفيه قول آخر ضعيف.

أقول : اشترط ابن إدريس قصد التقرب في التدبير ^(١) وهو ظاهر القاضي ^(٢) وهو مبني على مسألتين :

(الأولى) انه عتق.

(الثانية) ان العتق يشترط فيه نية القرية ، ويلزم من هذا المذهب بطلان تدبير الكافر ، وقيل : لا يشترط للأصل.

والتحقيق ان نقول : التدبير هل هو وصية بعتق ، أو هو عتق معلق بالموت؟ فعلى الأول لا يحتاج إلى نية القرية ، وعلى الثاني يحتاج إليها ان قلنا باشتراطها في العتق ، قال فخر المحققين : وقال كثير من الأصحاب : انه وصية ^(٣).

قال طاب ثراه : ولو رجع المولى في تدبيرها لم يصح رجوعه في تدبير الأولاد ، وفيه قول آخر ضعيف.

أقول : يجوز للسيد وطئ الأمة المدبرة إجماعا لكمال الملك ، وجواز رجوعه فيها ،

(١) السرائر : باب التدبير ص ٣٥٠ س ٢٤ قال : ويكون القرية الى الله تعالى هو المقصود به دون سائر الأغراض.

(٢) المذهب : ج ٢ باب التدبير ص ٣٦٥ س ١٠ قال : الشروط التي يصح التدبير معها هي شروط العتق ، وقال في باب العتق ص ٣٥٧ س ١١ ويكون متقربا بذلك اليه تعالى.

(٣) الإيضاح : كتاب العتق ، الفصل الثاني في المباشر ص ٥٤٥ س ١٤ قال : وقد قال كثير من الأصحاب : انه وصية.

ولنفوذ تصرفه ، ولجواز وطئ المستولدة وحق العتق فيها أكد لتحريم بيعها بالإجماع ، وإلزام السيد أرش جنائيتها على مذهب بعض ، وعدم ثبوت ذلك في حق المدبرة ، وليس كذلك المكاتب والفرق بينهما من وجوه :

(أ) انقطاع تصرف المولى عنها ، فصارت أحق بنفسها.

(ب) ان المكاتب عقد معاوضة ، ولهذا اشترط فيها القبول والعوض ، وليس شرطاً في التدبير .

(ج) ان المكاتب لو وطئت بشبهة ، أو جنى عليها لكان المهر والأرش لها ، بخلاف المدبرة والمستولدة.

إذا عرفت هذا فنقول :

لو حملت بعد التدبير ، فان كان من مولاهما لم يطل تدبيرها ، لعدم منافاته التدبير ، بل أكد عتقها ، فيتم لها من نصيب ولدها بعد عجز الثلث عن قيمتها ، وان حملت من غيره بمملوك ، اما من عبد بعقد أو شبهة ، أو من حرّ بزنا ، فان الولد يكون مدبراً كهيئتها ، لأنه يتبع أشرف الطرفين ، وللسيد الرجوع في تدبيرها قطعاً ، وهل له الرجوع في تدبير الولد بعد الرجوع في تدبير الأم ، أو منفرداً عنها؟ فيه قولان : أحدهما ، لا قاله الشيخ في النهاية ^(١) والخلاف ^(٢) وتبعه القاضي ^(٣) وابن حمزة ^(٤)

(١) النهاية : باب التدبير ص ٥٥٣ س ٢ قال : وليس للمولى ان ينقض تدبير الأولاد ، وانما له نقض تدبير الام فحسب.

(٢) كتاب الخلاف : كتاب المدبر ، مسألة ١٤ قال : إذا دبر أمته ثم حملت الى قوله : وليس له نقض تدبيرهم وانما له نقض تدبير الأم إلى قوله : دليلنا إجماع الفرقة إلخ.

(٣) المهذب : ج ٢ ، باب التدبير ص ٣٦٧ س ٢ قال : ولا يجوز له نقض تدبير الأولاد وانما له نقض تدبير الأم.

(٤) الوسيلة : فصل في بيان التدبير ص ٣٤٦ س ٩ قال : وإذا ابتاع المدبر جارية إلى قوله : ورجع في التدبير صح في المدبر دون ولده.

ولو أولد المدبر من مملوكه كان ولده مدبرا.
ولو مات الأب قبل المولى لم يطل تدبير الأولاد وعتقوا بعد موت المولى من ثلثه ،
ولو قصر سعوا فيما بقي منهم.
ولو دبر الحبلى لم يسر الى ولدها ، وفي رواية : ان علم بحبلها فما في بطنها بمنزلتها.

واختاره المصنف ^(١).

ولعل وجهه : انه انما يرجع فيما دبره ، وتدبيره الأولاد حصل بالسراية لا باختياره ،
فلا يملك الرجوع.

احتج في الخلاف بإجماع الفرقة.

والآخر الجواز : قاله ابن إدريس ^(٢) واختاره العلامة ^(٣) وفخر المحققين ^(٤) لان التدبير
وصية ، وكل وصية يصح الرجوع فيها ، أو لأن الولد مدبر ، وكل مدبر يصح الرجوع فيه.
قال طاب ثراه : ولو دبر الحبلى لم يسر الى ولدها ، وفي رواية ان علم بحبلها فما في
بطنها بمنزلتها.

أقول : للأصحاب هنا ثلاثة أقوال.

(الأول) عدم سريان التدبير الى الحمل مطلقا ، أي سواء علم به أم لا وهو قول

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) السرائر : باب التدبير ، ص ٣٥١ س ٦ قال : وقد روي انه ليس للمولى ان ينقض تدبير الأولاد إلى قوله :
والذي يقتضيه مذهبنا خلاف ذلك.

(٣) القواعد : ج ٢ في التدبير ، الفصل الثالث في المحل ص ١١٠ س ٢٢ قال : فأن رجع المولى في تدبير الام ،
قيل : لم يكن له الرجوع في تدبير الولد ، وليس بمعتمد.

(٤) الإيضاح : ج ٣ في التدبير ص ٥٤٨ س ١٨ فإنه بعد نقل الأقوال قال : والأقوى عندي اختيار المصنف.

الشيخ في الكتابين ^(١) ^(٢) واختاره ابن إدريس ^(٣) والمصنف ^(٤) والعلامة ^(٥).

(الثاني) السريان مطلقا وهو قول القاضي ^(٦).

(الثالث) السريان مع العلم به وعدمه مع الجهل وهو قول الشيخ في النهاية ^(٧) وابن

حمزة ^(٨) وظاهر أبي علي ^(٩) واحد قولي القاضي ^(١٠).

احتج الأولون : بموثقة عثمان بن عيسى الكلابي عن الكاظم عليه السلام قال :

(١) المبسوط : ج ٦ فصل في تدبير الحمل ص ١٧٨ س ٥ قال : وقد بينا ان عندنا في الطرفين على حد واحد لا تبعها ولا تبعه.

(٢) كتاب الخلاف : كتاب المدبر مسألة ١٥ قال : إذا دبرها وهي حامل مملوك لم يدخل الولد في التدبير.

(٣) السرائر : باب التدبير ، ص ٣٥١ س ٣ قال : والذي يقتضيه مذهبا ان ما في بطنها لا يكون مدبرا مثلها إلخ.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) القواعد : ج ٢ ، الفصل الثالث في المخل ص ١١٠ س ٢٥ قال : ولو دبر الحامل لم يكن تدبيرا للحمل علم به على رأي.

(٦) المختلف : في أحكام التدبير ، ص ٨٤ س ٢٧ قال : فان حملت بعد التدبير وولدت أولادا كان أولادها بمنزلتها مدبرا إلى قوله : وتبعه ابن البراج.

(٧) النهاية : باب التدبير ص ٥٥٢ س ١٥ قال : وإذا دبر الرجل جارية وهي حبلى فان علم بذلك كان ما في بطنها مدبرا إلخ.

(٨) الوسيلة : فصل في بيان التدبير ص ٣٤٦ س ١٤ قال : وان دبر امة حاملا وعرف ذلك ، كان الولد مدبرا ، وان لم يعرف لم يكن.

(٩) المختلف : في أحكام التدبير ص ٨٤ س ٢٨ قال : وقال ابن الجنيدي : لو دبرها وهو لا يعلم انها حامل ولم يذكر تدبير ما في بطنها لم يتعدها التدبير.

(١٠) المهذب : ج ٢ باب التدبير ص ٣٦٧ س ١٣ قال : وإذا دبر أمته وهو لا يعلم انها حامل الى قوله : كان التدبير لهما إلخ.

ويعتبر في المدبر جواز التصرف والاختيار والقصد.
وفي صحته من الكافر تردد ، أشبهه الجواز.

ان كانت المرأة دبرت وبها حبل ولم يذكر ما في بطنها فالجارية مدبرة والولد رق ، وان كان انما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير امه ^(١).

احتج القاضي : بأنه كالجاء ، منها ، فيتبعها في التدبير كما في العتق والبيع ، والأصل ممنوع.

احتج الشيخ برواية الحسن بن علي الوشاء عن الرضا عليه السلام قال : سألت عن رجل دبر جاريته وهي حبلى ، فقال : ان كان علم بحبل الجارية فما في بطنها بمنزلتها ، وان كان لا يعلم فما في بطنها رق ^(٢) وحملها العلامة على تدبير مع الام ^(٣).
قال طاب ثراه : وفي صحته من الكافر تردد أشبهه الجواز.
أقول : هنا ثلاثة مذاهب.

(أ) الصحة مطلقا ، وهو مذهب الشيخ ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة في المختلف ^(٦).

(ب) البطلان مطلقا مذهب ابن إدريس ^(٧).

-
- (١) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٠ قطعة من حديث ١٠ .
(٢) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٠ الحديث ٩ .
(٣) المختلف : الفصل الثالث في التدبير ، ص ٨٥ س ٥ فإنه بعد نقل الحديث قال : والجواب الحمل على ما إذا دبر الحمل مع الام.
(٤) المبسوط : ج ٦ فصل في تدبير المشركين غير المرتدين ص ١٨٢ س ١٣ قال : تدبير الكفار جائز ذميا كان السيد أو حريبا إلخ.
(٥) لاحظ عبارة النافع.
(٦) المختلف : الفصل الثالث في التدبير ص ٨٧ س ١ فإنه بعد نقل قول الشيخ قال : والمعتمد ما قاله الشيخ.
(٧) السرائر : باب التدبير ص ٣٥٠ س ٢٤ فإنه بعد اشتراط القرية في التدبير قال : فعلى هذا تدبير الكافر غير جائز.

والتدبير وصية يرجع فيه المولى متى شاء ، فلو رجع قولاً صح قطعاً ، أو ما لو باعه أو وهبه فقولان : أحدهما : يبطل به التدبير وهو الأشبه ، والآخر : لا يبطل ويمضى البيع في خدمته ، وكذا الهبة.

(ج) صحة تدبير الذمي دون الحربي مذهب بعض الأصحاب ^(١).

قال طاب ثراه : والتدبير وصية يرجع فيه المولى متى شاء ، ولو رجع قولاً صح قطعاً ، أما لو باعه أو وهبه فقولان : أحدهما يبطل به التدبير ، وهو الأشبه ، والآخر لا يبطل ويمضي البيع في خدمته ، وكذا الهبة.

أقول : التدبير يقبل الدفع إجماعاً ، ولما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دبر ، فاحتاج فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : من يشتريه مني ، فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة دراهم ، فدفعها إليه ، وقال عليه السلام : أنت أحوج منه ^(٢) وعجز الكلام يدل على أنه يبطل ، والا لما كان يحتاج إلى بيان وجه الترجيح لأنه لا يقع التدبير في حياة المولى ، وإن لم يبعه.

وينحصر رافعه في أمرين القول والفعل.

أما الأول : فكقوله : رجعت من التدبير ، أو أبطلته ، أو رفعته ، أو فسخته ، أو نقضته ، أو أزلته وهو إجماعي.

وأما الفعل فأمر

(الأول) الهبة ، فإذا وهبه بطل وإن لم يقبض المتهب ، لأن اللفظ الدال عليها

(١) الإيضاح : ج ٣ في التدبير ص ٥٤٥ س ٢١ قال : وثالثها يصح تدبير الذمي دون الحربي.

(٢) صحيح مسلم : ج ٣ كتاب الإيمان ص ١٢٨٩ (١٣) باب جواز بيع المدبر الحديث ٥٨ و ٥٩ وفي سنن أبي داود ج ٤ كتاب العتق (باب في بيع المدبر) ص ٢٧ الحديث ٣٩٥٥ و ٣٩٥٦ و ٣٩٥٧ وفي آخره (ثم قال : إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فإن كان فيها فضل فعلى عياله ، فإن كان فيها فضل فعلى ذي قرابته ، أو قال : على ذي رحمه ، فإن كان فضلاً فهانئاً وهانئاً).

دال على الرجوع ، واردة الشيء يستلزم كراهة ضده ، وسبب وجود الضد سبب بطلان الضد الآخر والا لزم اجتماع الضدين وهو اختيار الشيخ في الكتابين ^(١) ^(٢) وصرح ابن حمزة ببطلان الهبة ما لم يتقدم الرجوع في التدبير لفظا ^(٣).

(الثاني) العتق فيصح ويكون رجوعا ، لأنه اما وصية بالعتق ، أو تعليق له ، وكل وصية بالعتق وتعليق له يبطل بتنحيه.

(الثالث) الوقف يبطل تدبيره وان لم ينقضه لفظا ، وهو قول الشيخ في الكتابين ^(٤) وأبطل ابن حمزة الوقف قبل الرجوع باللفظ ^(٥).

(الرابع) الوصية به فتصح ويبطل التدبير ، والخلاف فيه مع ابن حمزة ومن قال بمقالته ^(٧).

(الخامس) البيع فيصح في الرقبة ويبطل التدبير عند الشيخ في الكتابين ^(٨) ^(٩)

(١) المبسوط : ج ٦ فصل في الرجوع في التدبير ص ١٧١ س ١٥ قال : فان دبره ثم وهبه واقبضه كان رجوعا ، وان لم يقبضه قال قوم إلى قوله : والأول أقوى عندنا.

(٢) كتاب الخلاف : كتاب المدبر مسألة ٦ قال : إذا دبره ثم وهبه كان رجوعا في التدبير سواء أقبضه أو لم يقبضه.

(٣) الوسيلة : فصل في بيان التدبير ص ٣٤٦ س ٤ قال : وليس التصرف فيه بالبيع والشرء والهبة وغير ذلك رجوعا ، فإذا أراد ذلك رجع ثم باع ، أو فعل ما شاء.

(٤) المبسوط : ج ٦ فصل في الرجوع في التدبير ص ١٧١ س ٣ قال : إذا دبر عبده كان له الرجوع ببيع أو هبة أو إقباض أو وقف.

(٥) كتاب الخلاف : كتاب المدبر مسألة ٤ قال : دليلنا إلى قوله : فاما بيعه وهبته ووقفه فلا خلاف في ذلك انه ينتقض التدبير.

(٦) تقدم مختاره آنفا.

(٧) تقدم مختاره آنفا.

(٨) تقدم آنفا من المبسوط في قوله : (بيع).

(٩) تقدم آنفا من كتاب الخلاف في قوله : (فاما بيعه).

واختاره ابن إدريس ^(١) والمصنف ^(٢) والعلامة ^(٣).

والخلاف هنا في مقامين.

(أ) هل يصح بيعه أم لا؟ قيل : لا إلا بعد رجوعه ، قال الحسن والصدوق : ليس له بيعه إلا ان يشترط على المشتري عتقه عند موته ، فإذا أعتقه فالولاء لمن أعتق ^(٤) ^(٥) وقال في النهاية : ومتى أراد المدبر بيعه من غير ان ينقض تدبيره لم يجوز له ذلك إلا ان يعلم المبتاع انه بيعه خدمته ، وانه متى مات هو ، كان حراً لا سبيل له عليه ^(٦).

(ب) على القول بالصحة ، هل يرفع التدبير؟ قال المفيد : لا ، بل متى مات البائع صار حراً لا سبيل عليه ^(٧).

وبه قال الشيخ في النهاية ^(٨) وقال ابن إدريس : يرفع التدبير ^(٩) واختاره

(١) السرائر : باب التدبير ص ٣٥٠ س ٢٥ قال : يجوز الرجوع فيه الى قوله : يجوز بيعه في دين وغير دين إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : في التدبير ص ٨٤ س ٦ قال : والمعتمد جواز بيعه ومع البيع يبطل التدبير.

(٤) المختلف : في التدبير ص ٨٣ س ٢٢ قال : وقال ابن أبي عقيل : وليس للمدبر ان يبيع إلا ان يشترط على المشتري إلخ.

(٥) المقنع : باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٧ س ١٣ قال : وإذا أعتق الرجل غلامه أو جاريته عن دبر منه الى قوله : فليس له ان يبيعه الا ان يشترط على الذي يبيعه إياه ان يعتقه عند موته.

(٦) النهاية : باب التدبير ص ٥٥٢ س ١٢ قال : ومتى أراد المدبر إلى آخر ما في المتن.

(٧) المقنعة : باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٨٥ س ٢٩ قال : التدبير الى قوله : ولمالك العبد ان يبيعه بعد التدبير له غير انه متى مات البائع إلخ.

(٨) تقدم نقل كلامه في المتن.

(٩) السرائر : باب التدبير ص ٣٥٠ س ٣٦ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية والخلاف قال : بل شروعه في بيعه يقتضي الرجوع عن التدبير إلخ.

المصنف ^(١) والعلامة ^(٢) وفخر المحققين ^(٣).

احتجوا بان التدبير وصية ، وكلّ وصية يبطل بإخراج الموصى به عن ملك الموصي في حياته وكل بيع مخرج للملك تلك ثلاث مقدمات ، والاوليتان اجماعيتان ، والثالثة ظاهرة من مفهوم البيع وحده ، إذ هو انتقال عين من شخص الى غيره.

ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وقد سئل عن رجل دبر مملوكا ثم احتاج الى ثمنه ، فقال : هو مملوكه ان شاء باعه ، وان شاء أعتقه ، وان شاء أمسكه حتى يموت ، وإذا مات السيد فهو حرّ من ثلثه ^(٤).

وجه الاستدلال بهذا الخبر من ثلاثة أوجه :

(أ) انه شرط التدبير بإمساكه حتى يموت ، وبموته يتحرر ، لأنه اتى بلفظ (ان) في قوله (ان شاء) وهي حرف شرط.

(ب) انه اتى بلفظ (إذا مات) وهي أيضا شرطية.

(ج) قوله : (فهو حر من ثلثه) يدل على انه على تقدير عدم البيع ^(٥) ، لأنه على زعم الشيخ إذا أخذ الثمن لم يعتبر قيمة المدبر من الثلث ، لأنه أخذ عوضه ، ولا تفويت فيه على الورثة.

احتج الشيخ بصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في رجل أعتق غلامه أو جاريته عن دبر منه ، ثم يحتاج الى ثمنه أيبعه؟ قال : لا ، ألا ان يشترط على

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) القواعد : ج ٢ في أحكام التدبير ص ١١١ س ٨ قال : ويجوز الرجوع في التدبير قولاً وفعلاً ، فلو وهب قوله : بطل التدبير.

(٣) الاحتجاج من الفخر ، لاحظ الإيضاح : ج ٣ في أحكام التدبير ص ٥٥١ س ١ قال : التدبير وصية إلخ.

(٤) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٥٩ الحديث ٦.

(٥) في (گل) : يدل على عدم العتق على تقدير البيع.

الذي يبيعه إياه ان يعتقه عند موته ^(١).
ومثلها صحيحة الحلبي ^(٢) وروايتي أبي بصير ^(٣) والقاسم بن محمد عن الصادق عليه السلام ^(٤) ورواية السكوني أيضا ^(٥).
قال في التهذيب : يحمل الأخبار الدالة على جواز بيعه ، وانه بمنزلة الوصية على تقدير نقض التدبير ، كما له ان ينقض الوصية ، فيعود المدبر الى محض الرق ، والأخبار الدالة على المنع من بيعه ، على سبيع رقبته ، بل يبيع خدمته إذا لم يرجع ^(٦).
قال العلامة : وهذا ليس بجيد ، لان التدبير وصية ، وهي يبطل بالخروج عن ملكه ، وبيع المنافع لا يصح لعدم كونها أعيانا وعدم العلم بها بمقدارها ، بل الوجه في الجمع : ان يحمل المنع من بيع المدبر على ما إذا كان التدبير واجبا فهذا لا يجوز بيعه ، لما فيه من مخالفة النذر ، ويحمل بيع الخدمة على الإجارة ، فإنها في الحقيقة بيع المنافع مدة معينة ، ويريد بيع الخدمة مدة حياته : ان له ان يوجره مدة معينة ، فإذا انقضت المدة جاز ان يوجره اخرى هكذا ، أي مدة حياته ^(٧).

تفريع

قد ظهر مما تلونا من الأقوال عدم بطلان التدبير عند الشيخ بالخروج عن الملك ما لم يتقدم الرجوع باللفظ ، فيتفرع على ذلك فروع.

-
- (١) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٣ الحديث ٢٢.
 - (٢) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٣ الحديث ٢٣.
 - (٣) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٣ الحديث ٢٥.
 - (٤) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٤ الحديث ٢٦.
 - (٥) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٠ الحديث ٨.
 - (٦) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٣ س ٣ قاله بعد نقل حديث ٢١.
 - (٧) المختلف : ج ٢ في أحكام التدبير ص ٨٤ س ٢٢ فإنه بعد نقل قول الشيخ ، قال : وهذا الذي ذكره الشيخ ليس بجيد لما بيناه من ان التدبير وصية إلخ.

والمدير رق ويتحرر بموت المولى من ثلثه.

والدين مقدم على التدبير ، سواء كان سابقا على التدبير ، أو متأخرا ، وفيه رواية بالتفصيل متروكة ^(١) ويبطل بإباق المدير ، ولو أولد له في حال إباقه كان أولاده رقا.

(أ) حكم الصلح حكم البيع.

(ب) حكم الرهن كذلك ، أي يكون الرهن منصرفا إلى الخدمة ، فإن باعه في دينه باع الخدمة خاصة.

(ج) لو ارتد المولى ، فان كان عن غير فطرة لم يبطل قطعا لبقاء الملك ، وان كان عن فطرة ، فعلى قول الشيخ يكون التدبير باقيا ، فان مات المدير أو قتل اعتق المدير ، ويكون المنتقل الى الوارث بنفس الارتداد انما هو الخدمة لا غير ، كما لو باعه ، وعلى القول المختار يبطل التدبير ، الخروج الملك عنه بالارتداد وانتقال تركته الى الوارث ، فهو كالبيع في اقتضائه البطالان لنقل الملك ، ويحتمل عتقه بمجرد الارتداد لأن الردة بمنزلة الموت ، ولهذا يملك الوارث التركة فيعتق بها.

قال طاب ثراه : والدين مقدم على التدبير سواء كان سابقا على التدبير أو متأخرا ، وفيه رواية بالتفصيل متروكة.

أقول : الأصل ان التدبير بمنزلة الوصية ، فلا يزاحم الديون ، بل تقدم الديون عليه ، ولا فرق بين ان يكون التدبير سابقا على تعلق الدين بالذمة ، أو متأخرا ، وهو اختيار ابن إدريس ^(١) والمصنف ^(٢) والعلامة ^(٣).

(١) السرائر : باب التدبير ص ٣٥١ س ١٠ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال : لا خلاف بيننا ان التدبير بمنزلة الوصية يخرج من الثلث ولا يصح ألا بعد قضاء الديون.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : ج ٢ في أحكام التدبير ص ٨٥ س ١٣ قال : والمعتمد ان التدبير ان كان واجبا بنذر وشبهه الى قوله : وان كان تبرعا بطل إلخ.

ولو جعل خدمة عبده لغيره ، ثمَّ قال : هو حرّ بعد وفاة المخدم صح على الرواية.
ولو أبق لم يبطل تدبيره ، فصار حرا بالوفاة ولا سبيل عليه.

فقال الشيخ في النهاية : إذا دبر عبده وعليه دين فرارا به من الدين ثمَّ مات كان التدبير باطلا ، ويبيع العبد في الدين ، وان دبر العبد في حال السلامة ثمَّ حصل عليه دين ومات لم يكن للديان عليه سبيل ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) مصيرا إلى صحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل دبر غلامه وعليه دين فرارا من الدين قال : لا تدبير له ، وان كان دبره في صحة منه وسلامة فلا سبيل للديان عليه ^(٣).
ومثلها صحيحة علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام ^(٤).
وحملها العلامة على كون التدبير واجبا بنذر وشبهه ، فاذا كان في سلامة من الدين لم يكن للديان عليه سبيل ، وان لم يكن في سلامة ونذر أن يدبر فرارا من الديان لم ينعقد نذره ، لأنه لم يقصد به الطاعة ^(٥).
قال طاب ثراه : ولو جعل خدمة عبده لغيره ، ثمَّ قال هو حر بعد وفاة المخدم صح على الرواية.

-
- (١) النهاية : باب التدبير ص ٥٥٣ س ١٠ قال : وإذا دبر الإنسان عبده وعليه دين فرارا به من الدين ثمَّ مات كان التدبير باطلا إلخ.
(٢) المهذب : ج ٢ باب التدبير ص ٣٦٨ س ١٨ قال : وإذا كان على سيد المدبر دين يحيط بجميع ماله جاز بيع المدبر في ذلك إلخ.
(٣) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦١ الحديث ١٢.
(٤) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦١ الحديث ١٣.
(٥) المختلف : ج ٢ في أحكام التدبير ص ٨٥ س ١٨ قال : والجواب الحمل على ما قلناه من انه واجب بنذر وشبهه إلخ.

أقول : المشهور بين علمائنا صحة التدبير معلقا بوفاة غير السيد إذا جعلت خدمة العبد له في حال حياته ، ثمَّ هو حر بعد وفاته ، قال الشيخ في النهاية : إذا جعل الإنسان خدمة عبده لغيره وقال متى مات من جعل له تلك الخدمة يكون حرا ، كان ذلك صحيحا ، فمتى مات المجعول له صار ذلك حرا ، فإن أبق العبد ولم يرجع إلا بعد موت من جعل له خدمته لم يكن لأحد عليه سبيل ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) وهو ظاهر أبي علي ^(٣) وصرح به ابن حمزة ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).

فهنا ثلاثة أحكام.

- (أ) جواز التدبير معلقا بحياة غير المالك.
- (ب) ان الإبقاء لا يبطل التدبير في هذه الصورة.
- (ج) انه ليس للورثة عليه سبيل وان استحق مورثهم عليه الخدمة حال حياته ، فليس لهم استخدامه ولا إلزامه بعوض الخدمة.
- والمصير في ذلك الى صحيحة يعقوب بن شعيب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم ، فقال : هي لفلان تخدمه ما عاش ، فاذا مات فهي حرة ، فتأبى الأمة قبل ان يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين ، ثمَّ

(١) النهاية : باب التدبير ص ٥٥٣ س ١٩ قال : وإذا جعل الإنسان خدمة عبده لغيره إلخ.

(٢) المهذب : ج ٢ باب التدبير ص ٣٧٣ س ١٦ قال : وإذا جعل السيد خدمة عبده لغيره إلخ.

(٣) المختلف : ج ٢ في أحكام التدبير ص ٨٥ س ٢١ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال : وهو ظاهر أبي علي.

(٤) الوسيلة : فصل في بيان التدبير ص ٣٤٥ س ١٩ قال : التدبير عتق معلق الى قوله : أو يموت من جعل السيد خدمته له مدة حياته ثمَّ قال : وان دبره وجعل خدمته مدة حياة نفسه لغيره وأبق المدبر ولم يرجع الا بعد وفاة سيده لم يكن عليه سبيل لأحد.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) المختلف : ج ٢ في أحكام التدبير ص ٨٥ س ٣٠ قال : والحق ما اختاره الشيخ.

يُجدها ورثته ، ألهم ان يستخدموها بقدر ما أبقت؟ فقال : لا ، إذا مات الرجل فقد عتقت^(١).

وقال ابن إدريس : لا دليل على صحة هذه الرواية ، وردها من ثلاثة أوجه.

(أ) ان التدبير في عرف الشريعة عتق العبد بعد موت مولاه ، والمجوع هنا غير مولاه.

(ب) لو كان التدبير صحيحا لكان إذا أبق بطل التدبير للإجماع على بطلان التدبير

بالإباق.

(ج) ان التدبير حكم شرعي يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي ، ولا دليل الا هذه

الرواية الشاذة^(٢).

احتج العلامة : بان العتق قابل للتأخير كما هو قابل للتنجيز ، ومعلوم ان لا تفاوت بين الأشخاص في ذلك ، فان العتق إذا قبل التعليق بحياة المعتق الصادر عنه العتق ، كان قابلا للتعليق بغيره ، وعدم التفاوت في ذلك معلوم. وأجاب عما تعلل به ابن إدريس ، قوله : (التدبير في عرف الشرع عتق العبد بعد موت مولاه) ممنوع ، بل هو العتق المؤخر ، وهو شامل للصورتين ، واستدلالة بالملازمة بين صحته وبطلانه على تقدير الإباق ، ممنوع ، والقياس على جعل الخدمة للمدبر باطل ، لأننا لا نقول بالقياس ، ولا يجوز التمسك به ، سلمنا لكن الفارق موجود ، فإن الخدمة إذا جعلت للمدبر ثم أبق فقد قابل النعمة بالكفر والإباق ، فقبول بنقيض ذلك ، كالقاتل في العمد في منع الإرث بخلاف ما إذا جعلت الخدمة للغير ، وهذه الرواية دليل شرعي ، مع انها صحيحة متلقاة بالقبول عمل بها أكثر الأصحاب ولم ير لها مخالف سواه ، واعتضاها بالحكمة المناط بها الأحكام الشرعية ، فلا وجه له لردها ،

(١) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٤ الحديث ٢٨.

(٢) السرائر : باب التدبير ص ٣٥١ س ١٥ فإنه بعد نقل مضمون الرواية بقوله : وقد روي قال : ولا دليل على هذه الرواية وصحتها إلخ.

هذا آخر كلامه ^(١).

فرع

لو مات المجمعول له الخدمة في حيات المالك كان التدبير ماضيا من الأصل. ولو مات المالك أولا خرج من الثلث ، فان قصر عنه بقي بعضه مدبرا يتحرر بموت المجمعول ويسعى في باقيه.

ذكر الكتابة

الكتابة مشتقة من الكتب ، وهو الضم والجمع ، تقول : كتب البغلة ، إذا ضمنت بين شفرها ^(٢) بحلقة أو سير ^(٣) ، كتبت القرية إذا ضمنت فاها بعضه الى بعض لتوكى عليه ، ومنه قيل للحيش والناس المجتمعين كتيبة لاجتماعهم من مواضع متفرقة وانضمام بعضهم الى بعض ^(٤).

وسمي هذا العقد كتابه ، لأنه ضم أجل إلى أجل.

(١) المختلف : ج ٢ ص ٨٥ س ٣٠ فإنه بعد نقل قول ابن إدريس واختاره ما اختاره الشيخ قال : لنا ان العتق قابل للتأخير وبعد الاستدلال على صحة ما اختاره تعرض لكلام ابن إدريس والجواب عنه الى قوله : فلا وجه لردّها.

(٢) الكتب الجمع ، تقول منه : كتبت البغلة إذا جمعت بين شفرها بحلقة أو سير ، والكتبة : ما شد به حياء البغلة أو الناقة ، فلا ينزى عليها ، وكتب الدابة والبغلة والناقة ، حزم حياؤها بحلقة حديد ، أو صفر تضم شفري حياؤها ، فلا ينزى عليها. وكتب السقاء والمزادة والقرية ، هو ان يشد فمه حتى لا يقطر منه شيء (لسان العرب ج ١ ص ٧٠١ في لغة كتب).

(٣) السير الذي يقد من الجلد والجمع سيور ، ومنه الحديث : كانوا يتهادون السيور من المدينة إلى مكة (مجمع البحرين لغة سير).

(٤) من قوله : (الكتابة) إلى هنا مقتبس من المبسوط ، لاحظ ج ٦ ص ٧٢.

والأصل فيه : الكتاب ، والسنة ، والإجماع.
 اما الكتاب فقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾^(١) فأمر بالكتابة.
 واما السنة فكثير : مثل ما روى سهل بن حبيب ان النبي صَلَّى الله عليه وآله قال :
 من أعان غارما أو غازيا أو مكاتبا في كتابته اظله الله يوم لا ظل الا ظله^(٢).
 وروت أم سلمة قالت : قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله : إذا كان لاحداكن
 مكاتبا وكان عنده ما يؤدي فليحتجب عنه^(٣).
 واما الإجماع : فلا خلاف بين الأمة في جوازها.

تذنيبات

(الأول) الكتابة معاملة مستقلة بنفسها ، وليست ييعا للعبد من نفسه ، ولا عتقا
 بصفة ، لرححان التأسيس على التأكيد ، وقال التقي : هي بيع العبد من نفسه^(٤) وتبعه
 ابن إدريس في ذلك^(٥).

(١) سورة النور / ٣٣.

(٢) رواه البيهقي في سننه ج ١٠ باب فضل من أعان مكاتبا في رقبته ص ٣٢٠ بأدنى تفاوت ، وفيه (عن عبد
 الله بن سهل بن حنيف) ونقله في المبسوط ، ج ٦ ص ٧٢ كتاب المكاتب كما في المتن ، وفيه (روى سهل بن
 حنيف عن النبي صَلَّى الله عليه وآله من أعان عاتقا إلخ).

(٣) رواه البيهقي في سننه ج ١٠ باب الحديث الذي روي في الاحتجاب عن المكاتب ، ص ٣٢٧ س ٣ ورواه
 في المبسوط : ج ٦ ص ٧٢ كتاب المكاتب س ١١.

(٤) الكافي : فصل فيما يقتضي فسخ الرق ص ٣١٨ س ١٤ قال : واما المكاتبه فهي بيع المرقوق منه.

(٥) السرائر : باب المكاتبه ص ٣٤٩ س ٢٠ قال : وهي بيع العبد من نفسه.

والأول هو اختيار الشيخ ^(١) واختياره العلامة ^(٢) وفخر المحققين ^(٣).

والفرق بينها وبين البيع من وجوه.

(أ) افتقارها إلى الأجل والبيع لا يفتقر اليه.

(ب) عدم ثبوت خيار المجلس فيها وثبوته في البيع.

(ج) عدم قبولها لخيار الشرط وقبول البيع له.

ويتفقان في شيئين.

(أ) ضبط الأجل فيهما.

(ب) ضبط العوض. وأجازها ابن إدريس حالة ، لأصالة الجواز ^(٤) واشترط الشيخ

الأجل ^(٥) وتبعه ابن حمزة ^(٦) والمصنف ^(٧) لأن ما في يد العبد لمولاه فلا يصح المعاملة عليه ، وما ليس في يده يتوقع حصوله بالتكسب فلا بد من ضرب الأجل تحفظاً من تطرق الجهالة.

(١) المبسوط : ج ٦ كتاب المكاتب ص ٧٣ س ١٩ قال : ويفارق البيع من وجوه إلخ.

(٢) المختلف : ج ٢ في أحكام المكاتب ص ٨٩ س ١٤ فإنه بعد نقل قول ابن إدريس قال : وليس بمعتمد لبعدها عن شبه البيع.

(٣) الإيضاح : ج ٣ في الكتابة ص ٥٧٤ س ٦ قال الكتابة ليست عتقاً بعوض ولا بيعاً للعبد من نفسه ، فيعد نقل الخلاف قال : والأول اختيار الشيخ وهو الأقوى.

(٤) السرائر : باب المكاتب ص ٣٥٠ س ١٨ قال : الكتابة تصح حالة ومؤجلة ، وليس الأجل شرطاً في صحتها.

(٥) النهاية : كتاب المكاتب ص ٧٣ س ١٩ قال : ان الكتابة لا بد فيها من أجل إلخ.

(٦) الوسيلة : فصل في بيان الكتابة ص ٣٤٤ س ١٥ قال : وتصح بأربعة شروط : بالنية ، وتعين الأجل إلخ.

(٧) لاحظ عبارة النافع. وفي السرائر : كتاب المكاتب (الصيغة) قال : ولا يصح من دون ذكر الأجل إلخ.

فرع

لو أطلق العقد كان باطلا عند الشيخ في المبسوط ^(١) لفوات الشرط ، وصحيفا عند ابن إدريس والشيخ في الخلاف ^(٢) ومن الجائز حصول مال للعبد في الحال اما من الزكاة ، أو بالهبة ، أو بالميراث ، أو الوقف وما أشبه ذلك. ومع عدم ذلك ان صبر السيد عليه منتظرا يساره فلا كلام ، والا كان له الفسخ ، وهو قوي ، لكنه لم ينقل من عصر الرسول صلى الله عليه وآله الى يومنا هذا تجردها عن الأجل ، فكان عمل الصحابة على ذلك ، والتزامهم به إجماع منهم.

(الثاني) الكتابة تشارك العتق بعوض ويبيع العبد من نفسه من وجه ، وهو كون كل واحد منهما قد تضمن العتق بعوض ويفارقهما في الشروط والاحكام والتوابع.

(الثالث) لو باع السيد عبده من نفسه بثمن مؤجل ، قال الشيخ في المبسوط : صح وانعتق العبد وكان الولاء للإمام ^(٣) واستشكله العلامة في التحرير : من حيث النظر إلى أصالة الجواز ، ومن عدم تحقق مفهوم البيع ، إذ هو انتقال عين مملوكة من شخص إلى آخر ، فلا بد من تحقق اضافة الملك بين المشتري والمبيع ، لتوقف الإضافة على تغاير المضافين ، وليس هنا كذلك. وأيضا فإن تملك العبد يتوقف على حرته ، وحرته موقوفة على تملكه فيدور ^(٤).

(١) المبسوط : ج ٦ كتاب المكاتب ص ٧٣ س ٢٣ قال : ومتى كانت بغير أجل كانت باطلة.

(٢) كتاب الخلاف : كتاب المكاتب مسألة ٥ قال : تصح الكتابة حالة ومؤجلة ، وليس الأجل شرطا في صحتها.

(٣) المبسوط : ج ٦ كتاب المكاتب ص ١٢٠ س ١١ قال : فاما ان باع السيد عبده من نفسه بألف فقال : قبلت صح كالكتابة ، إلى قوله : فاذا وجد طالبه به ، ويليق بمذهبنا ان يكون ولاءه للإمام.

(٤) لم أعثر عليه بهذا التفصيل ، وفي المختلف في أحكام المكاتب ص ٩١ س ٣٦ قال : احتج المانعون بان البيع يستدعي انتقال الملك إلخ.

واما المكاتبة : فتستدعي بيان أركانها وأحكامها.
والأركان أربعة : العقد ، والملك ، والمكاتب ، والعوض.
والكتابة مستحبة مع الديانة وإمكان الاكتساب. وتتأكد بسؤال المملوك ، وتستحب مع التماسه ولو كان عاجزا.
وهي قسمان : فان اقتصر على العقد فهي مطلقة ، وان اشترط عوده رقا مع العجز فهي مشروطة ، وفي الإطلاق يتحرر منه بقدر ما ادى ، وفي المشروط يردّ رقا مع العجز.
وحده أن يؤخر النجم من محله ، وفي رواية ان يؤخر نجما الى نجم. وكذا لو علم منه العجز.
ويستحب للمولى الصبر لو عجز.

فرع

قال الشيخ : لو لم يوجد ^(١) الثمن بطل ويعتق العبد ^(٢).
وفيه نظر : لان بطلان الثمن يستلزم بطلان البيع ، فلا يخرج عن الملك ، ويحتمل تفريعا على الجواز ، الصحة ، فإن تيسر للعبد قضاءه من زكاة ، أو هبة ، أو غير ذلك ، وآلا تخير السيد بين الصبر والفسخ.
قال طاب ثراه : وحده (اي حدّ العجز) ان يؤخر النجم عن محله ، وفي رواية أن يؤخر نجما الى نجم. وكذا لو علم من حاله العجز.

(١) في (كل) : يؤجل.

(٢) المبسوط : ج ٦ كتاب المكاتب ص ١٢٠ س ٢١ فإنه في دعوى السيد مع العبد قال : فاذا حلف سقط دعوى السيد والعبد حر إلخ.

أقول : اختلف الأصحاب في حد التأخير المسمى بالعجز المبيح للفسخ على أقوال :
 (أ) حدّه تأخير النجم عن محله قاله المفيد ^(١) وابن إدريس ^(٢) والشيخ في الاستبصار ^(٣) وظاهر أبي علي ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).

(ب) حدّه تأخير نجم الى نجم قاله الشيخ في النهاية ^(٧) وتبعه القاضي ^(٨).

(ج) حدّه التأخير إلى ثلاثة أنجم قاله الصدوق ^(٩).

احتج الأولون بصحيفة معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام قال : سألت عن مكتبة أدت ثلثي مكاتبتها ، وقد شرط عليها ان عجزت فهي رد في الرق ، ونحن في حل مما أخذنا منها ، وقد اجتمع عليها نجمان قال : ترد وبطيب لهم ما أخذوا ، وليس

(١) المقنعة : ص ٨٥ س ٣١ قال : واما المكتبة إلى قوله : انك إذا عجزت عن الأداء ، أو لططت به وقد حل الأجل كان عبداً ، وقال في المختلف بعد نقل قول المفيد : وهذا يقتضي ان يكون العجز تأخيراً لنجم عن وقته.

(٢) السرائر : باب المكتبة ص ٣٤٩ س ٢٦ قال : والاولى ان نقول : ان يؤخر النجم بعد محله.

(٣) الاستبصار : ج ٤ (١٨) باب المكاتب المشروط عليه ان عجز فهو رد في الرق وما حد العجز عن ذلك الحديث ١ عن معاوية بن وهب وفيه : ليس له ان يؤخر نجماً عن أجله إلخ وقال في ص ٣٥ في مقام الجمع بين الروايات ما لفظه : (وقد بين ابنه عليه السلام في رواية معاوية بن وهب التي قدمناها في أول الباب).

(٤) المختلف : في أحكام المكتبة ، ص ٨٨ س ٢٢ قال : وقال ابن الجنيد : فهو رق رجع رقاً متى عجز عن أداء نجم في وقته ، الى ان قال بعد نقل قول الشيخ في الاستبصار : وهو المعتمد.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) المختلف : في أحكام المكتبة ، ص ٨٨ س ٢٢ قال : وقال ابن الجنيد : فهو رق رجع رقاً متى عجز عن أداء نجم في وقته ، الى ان قال بعد نقل قول الشيخ في الاستبصار : وهو المعتمد.

(٧) النهاية : باب المكتبة ص ٥٤٩ س ١٥ قال : وحد العجز هو ان يؤخر نجماً الى نجم إلخ.

(٨) المهذب : ج ٢ باب المكتبة ص ٣٧٦ س ٦ قال : وحد عجزه أن يؤخر نجماً الى نجم إلخ.

(٩) المقنع : باب العتق والتدبير والمكتبة ص ١٥٨ س ١٥ قال : ينتظر بالمكاتب ثلاثة أنجم.

لها ان تؤخر النجم بعد حله شهرا واحدا إلا بإذنهم^(١).
وفي الصحيح عن معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام الى ان قال : فقلت : ما حدّ العجز؟ فقال : ان قضاتنا يقولون : انّ عجز المكاتب ان يؤخر النجم الى نجم آخر حتى يحول عليه الحول ، قلت : فما تقول أنت؟ قال : لا ولا كرامة ، ليس له ان يؤخر نجما عن أجله إذا كان ذلك في شرطه^(٢).

احتج الشيخ بما رواه إسحاق بن عمار عن الصادق وعن الباقر عليهما السلام أنّ عليا عليه السلام كان يقول : إذا عجز المكاتب لم يرد مكاتبه في الرق ، ولكن ينظر عاما أو عامين ، فان قام بمكاتبته ، وآلا ردّ مملوكا^(٣).

احتج الصدوق بما رواه جابر عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن المكاتب ان عجز فهو ردّ في الرق فعجز قبل ان يؤدي شيئا ، فقال أبو جعفر عليه السلام : لا ترده في الرق حتى يمضي له ثلاث سنين ، ويعتق منه بقدر ما ادى ، فاما إذا صبروا فليس لهم ان يردوه في الرق^(٤).

وأجيب بضعف السند والحمل على الاستحباب^(٥).

وفصل أبو علي فقال : ان شرط رقه ان عجز عن شيء من المال استرق متى عجز

(١) الاستبصار : ج ٤ (١٨) باب المكاتب المشروط عليه ان عجز فهو ردّ في الرق وما حدّ العجز في ذلك ص ٣٤ الحديث ٢.

(٢) الاستبصار : ج ٤ (١٨) باب المكاتب المشروط عليه ان عجز فهو ردّ في الرق وما حدّ العجز في ذلك ص ٣٣ الحديث ١.

(٣) الاستبصار : ج ٤ (١٨) باب المكاتب المشروط عليه ان عجز فهو ردّ في الرق وما حدّ العجز في ذلك ص ٣٤ الحديث ٣.

(٤) الاستبصار : ج ٤ (١٨) باب المكاتب المشروط عليه ان عجز فهو ردّ في الرق وما حدّ العجز في ذلك ص ٣٤ الحديث ٤.

(٥) المختلف : في أحكام المكاتبه ص ٨٨ س ٣٦ قال : والجواب الحمل الاستحباب وضعف السند.

وكل ما يشترطه المولى على المكاتب لازم ما لم يخالف المشروع.
ويعتبر في المالك جواز التصرف ، والاختيار ، والقصد ، وفي اعتبار الإسلام تردد ،
أشبهه : انه لا يعتبر .

عن أداء نجم أو بعضه في وقته ، وان قال : ان عجزت عن نجم لم يتحقق العجز عن بعضه
(١) واستحسنه الشهيد طاب ثراه (٢).

قوله : (وكذا لو علم من حاله العجز) هذا تمام قوله المحكى : (وقيل ان يؤخر نجما
الى نجم وكذا لو علم من حاله العجز) معناه : ان حد العجز ان يؤخر نجما الى نجم ، أو
يعلم من حاله بعد حلول النجم الأول ، فلا يجب الصبر الى حلول النجم الآخر ، بل إذا
حل نجم وعجز عنه ، فإن رجي له الوفاء الى النجم الآخر صبر عليه حتى يحل عليه النجم
الآخر ، وان علم من حاله العجز جاز الفسخ بعد حلول النجم الأول ولا يجب الصبر حتى
يحل النجم الآخر.

قال طاب ثراه : ويعتبر في المالك جواز التصرف والاختيار والقصد ، وفي اعتبار
الإسلام تردد ، أشبهه انه لا يعتبر .

أقول : هل يعتبر في السيد الإسلام ، أو لا يشترط ، فيجوز ان يكاتب الذمي عبده
الذمي؟ فيه خلاف مبني على عتق الكافر ، فمن اجازة أجاز الكتابة ، بل هي أولى ، ومن
منع عتقه اختلف هنا ، فبعضهم أبطلها لأنها عتق بعوض ، والأكثرون على الصحة وهو
اختيار المصنف (٣) والعلامة (٤) لأنها معاملة بين السيد وعبده على

(١) المختلف : في أحكام المكاتبه ص ٨٧ س ٢٢ قال : وقال ابن الجنيد : لو قال : وعلى انه ان عجز بشيء
من مال كتابته ونجومه فهو رق الى ان قال فان قال فان عجز عن نجم من نجومه فبقي عليه بعض نجم الأخير لم
يرجع رقا إلخ.

(٢) المسالك : ج ٢ في الكتابة ص ١٤٥ س ٣٨ قال : إذا عجز المكاتب عن مال الكتابة أو بعضه جاز
للمولى الفسخ في الجملة إلخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف : في أحكام المكاتبه ص ٨٧ س ٣٩ فإنه بعد ما نقل عن السيد عدم الجواز واستدلالة

ويعتبر في المملوك التكليف ، وفي كتابة الكافر تردد أظهره المنع.

عوض معلوم ، فهي نوع معاوضة ، فيصح من الكافر.
ويتفرع على ذلك ما لو كان العبد مسلماً هل يصح كتابته ، أو يجبر على بيعه ،
بالثاني قال أبو علي ^(١) واختاره العلامة ^(٢) لوجوب إخراج المسلم عن ملك الكافر على الفور
والكتابة لا يحصل منها الإخراج على الفور ، ولحصول السبيل بالتسلط بالاستيفاء ، وهو
منفي بالاية ^(٣) ولعموم النص بوجوب البيع ^(٤) وليست الكتابة بيعاً ، وأجازها بعضهم لقطع
السلطنة ، فيزول المحذور ، ولأصالة الجواز.

قال طاب ثراه : ويعتبر في المملوك التكليف ، وفي كتابة الكافر تردد أظهره المنع.
أقول : اعتبار الإسلام وعدمه في العبد مبنى على ان الخبر المذكور في قوله تعالى
﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ ^(٥) هل المراد به الديانة خاصة كما ذهب إليه السيد ^(٦)
أو المال خاصة كما ذهب إليه المصنف ^(٧) والعلامة ^(٨) أو هما معا كما

بما استدل به من عدم جواز عتق الكافر قال : والوجه للجواز.

(١) الإيضاح : ج ٣ ص ٥٨٩ س ٥ قال : هل يصح منه (أي من الذمي) كتابة عبده المسلم الى قوله : قال
المصنف الأقرب المنع وهو اختيار ابن الجنيد إلخ.

(٢) التحرير في الكتابة ص ٨٤ س ٣ قال : (و) لو أسلم العبد خاصة بيع على مولاه ، وليس للمولى كتابته ،
وفي القواعد ص ١١٨ س ١٣ قال : بل يقهر على بيعه من مسلم.

(٣) سورة النساء / ١٤١ قال تعالى ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾

(٤) الكافي : ج ٧ النوادر من كتاب القضاء ، ص ٤٣٢ ح ١٩ .

(٥) سورة النور / ٣٣ .

(٦) الانتصار : في شرائط المكاتب ص ١٧٤ س ٣ قال : (مسألة) ومما انفردت به الإمامية إلى قوله : ويسمى ذو
الايمن والدين خيراً.

(٧) الشرائع : كتاب المكاتب (الصيغة) قال : الكتابة مستحبة ابتداء مع الامانة والاكتساب.

(٨) قال في المختلف : ص ٨٩ س ١٠ : والمعتمد ان نقول : ان الخير في القران قد ورد بمعنى العمل الصالح
وبمعنى المال وبمعنى الثواب الى قوله : وليس في القرآن العزيز ما يدل على احد الثلاثة ، وقال في التحرير ج ٢ ص
٨٣ س ٢١ : مع امانة العبد وقدرته على التكسب.

ويعتبر في العوض كونه ديناً مؤجلاً ، معلوم القدر والوصف مما يصح تملكه للمولى ، ولا حد لأكثره ، لكن يكره ان يتجاوز قيمته ، ولو دفع ما عليه قبل الأجل ، فالولي في قبضه بالخيار.

ولو عجز المطلق عن الأداء فكذلك الامام من سهم الرقاب وجوبا.

ذهب إليه أبو علي ^(١) والشيخ في الكتابين ^(٢) ^(٣) فعلى الأول والثالث لا يصح كتابة الكافر ، ويصح على الثاني.

احتج السيد ، بان في تحرير الكافر تسلطاً على مكاره أهل الدين والايمان. وبأنه مادة ومادة الكافر حرام للآية ^(٤) وبأنه لا يسمى الكافر والمرتد إذا كانا موسرين بأن فيهما خيراً ، ويسمى ذو الايمان خيراً وان لم يكن موسراً.

والأقوى الجواز لأنها نوع معاملة ، ولأن الخير لو حمل على الدين لم يكن منافياً للجواز ، لأن الأمر بالكتابة مع الصلاح والإيتاء من مال الله لا يمنع من كتابة الكافر ، لأن الكتابة مع الصلاح مستحبة ، والإيتاء مع الحاجة واجب وهما لا يرفعان الجواز.

احتج الشيخ بما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ قال : الخير ان يشهد ان لا إله إلا الله وان محمد رسول الله ، ويكون بيده ما يكتسب به ، أو يكون له حرفة ^(٥).

(١) المختلف : ص ٨٩ س ١٠ فبعد النقل عن الشيخ بان المراد بالخير الكسب والأمانة قال : وبه قال ابن الجنيد.

(٢) المبسوط : ج ٦ كتاب المكاتب ص ٧٣ س ١٣ قال : واختلف في الخير المراد بالآية الى قوله : وقال اخرون هو الامانة والاكتساب وهو مذهبنا.

(٣) كتاب الخلاف : كتاب المكاتب (مسألة ٣) قال : فالخير المراد به الامانة والاكتساب.

(٤) سورة المجادلة / ٢٢ قال تعالى ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾

(٥) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (٥٠) باب المكاتبه ص ٧٨ الحديث ٢٣.

واما الأحكام فمسائل.

الأولى ، إذا مات المشروط بطلت الكتابة وكان ماله وأولاده لمولاه. وان مات المطلق وقد أدى شيئا تحرر منه بقدره ، وكان للمولى من تركته بنسبة ما بقي من رقبته ، ولورثته بنسبة الحرية ان كانوا أحرارا في الأصل ، والا تحرر منهم بقدر ما تحرر منه وألزموا بما بقي من مال الكتابة ، فإذا أدّوه تحرروا ، ولو لم يكن لهم مال سعوا فيما بقي منهم. وفي رواية يؤدّون ما بقي من مال الكتابة وما فضل لهم.

قال طاب ثراه : وفي رواية يؤدّون ما بقي من مال الكتابة وما فضل لهم. أقول : إذا مات المكاتب المشروط بطلت الكتابة لقوله عليه السلام : المشروط رق ما بقي عليه درهم^(١) وحكم بكونه مات رقا ، فمئنته على سيده ، وله ماله وأولاده. أما المطلق : فان مات قبل أداء شيء من مال الكتابة فكذلك سواء ترك مالا أو لا. ويحتمل مع التركة إخراج مال الكتابة لأنه كالدين وما فضل للوارث. وان كان بعد ان أدّى شيئا تحرر منه بقدر ما أدى ، وما بقي منه بطلت الكتابة فيه لتحقيق عجزه عن أداء ما يخصّ ذلك القدر ، لخروجه عن أهلية الملك بالموت ، وحينئذ تكون مئونة تجهيزه بالنسبة كما لو كان حيا ، فعلى السيد من المئونة بمقدار ما أدى ، وعلى التركة بمقدار ما عتق ، وكان ماله وأولاده على النسبة فما يخص نصيب الرقية للسيد ، وما يقابل نصيب الحرية للورثة ، فإن كانوا أحرارا فلا كلام ، وان كانوا أرقا ولدوا بعد المكاتبه كان ما يقابل نصيب الرقية منهم مكاتبا وعليهم ان يؤدوا ما بقي على أبيهم من مال الكتابة لا ما يساوي قيمتهم ، فان كان من نصيبهم من

(١) عوالي اللثالي : ج ٣ باب التدبير والمكاتبه. ص ٤٣٧ الحديث ١٨.

والمطلق إذا وصّى أو أوصى له صح نصيب الحرية وبطل في الزائد ، وكذا لو وجب عليه حدّ أقيم عليه من حدّ الأحرار بنسبة ما فيه من الحرية ، ومن حدّ العبد بنسبة ما فيه من الرقية. ولو زنى المولى بمكاتبته المطلقة سقط عنه من الحدّ بقدر نصيبه منها وحدّ بما تحرر. (الثانية) ليس للمكاتب التصرف في ماله بهبة ، ولا عتق ولا إقراض إلّا بإذن المولى ، وليس للمولى التصرف في ماله بغير الاستيفاء ، ولا يحل له وطئ المكاتبه بالملك ولا بالعقد ، ولو وطئها مكرها لزمه مهرها ، ولا تتزوج إلّا بإذنه ، ولو حملت بعد الكتابة كان حكم ولدها حكمها إذا لم يكونوا أحرارا.

(الثالثة) يجب على المولى إعانته من الزكاة ، ولو لم يكن استحب تبرعا.

التركة بقدره دفعوه الى السيد وانعتقوا ، ولو أرادوا إمساكه ودفعه نجوما كما كان على أبيهم منعوا منه ، لحلّول الدين بالموت ، وان كان قاصرا سعوا في الباقي فإذا أدوه تحرروا. هذا هو المشهور عند علمائنا.

قاله الشيخ في الاستبصار ^(١) وهو ظاهر النهاية ^(٢) والمبسوط ^(٣).

(١) الاستبصار : ج ٤ (٢١) باب ميراث المكاتب ص ٣٨ فإنه بعد نقل الاخبار الآتية وما يشعر منها التنافي قال : فلا تنافي بين هذه الاخبار والاخبار الأولية إلخ.

(٢) النهاية : باب المكاتبه ص ٥٥٠ س ١١ قال : فان مات المكاتب وترك مالا وترك أولادا ورثه مولاه بقدر ما بقي له من العبودية إلخ.

(٣) المبسوط : ج ٦ كتاب المكاتب ص ٩١ س ١٥ قال : وعندنا ان كان مشروطا انفسخت المكاتبه وان كانت مطلقة وقد ادى بعضه إلخ.

وعليه دلت صحيحتنا بريد العجلي^(١) ومحمد بن قيس^(٢) وأطلق الصدوق هذا الحكم ولم يفصل إلى المشروط والمطلق^(٣) وقال أبو علي : لو مات المكاتب لم يكن للسيد إلا بقية مكاتبته وكان الباقي في ديونه ووصاياه ولورثته ولم يفصل أيضا^(٤) وقال في الخلاف : إذا مات المكاتب المشروط عليه وخلف تركته فإن كان فيها وفاء لما عليه وفي منها ما عليه وكان الباقي لورثته ، وإن لم يكن فيها وفاء كان ما خلفه لمولاه ، لأن ذلك عجز عن الأداء ، وإن كان له أولاد من مملوكة له كان حكمهم حكمه ، فإن وفوا ما عليه انعتقوا ، وإن عجزوا عن ذلك كانوا ممالك لسيد أبيهم ، وإن كانت مطلقة ورث بحساب ما أدى منه ورثته ، وبحساب ما بقي للسيد^(٥).

فالحاصل : أن في المسألة أربعة أقوال.

(الأول) البطلان في المشروط ، والقسمة على النسبة في المطلقة ، وهو المشهور.

(الثاني) التوزيع في المطلقة والبطلان في المشروط مع عدم وفاء التركة ، وعدم البطلان

فيها مع الوفاء ، فيرث الفاضل من مال الكتابة ورثته وهو قول الشيخ في الخلاف.

(الثالث) قسمة ما ترك على النسبة بين السيد والأولاد من غير تفصيل بين المطلقة

والمشروطة وهو قول الصدوق.

(١) سيأتيان عن قريب.

(٢) سيأتيان عن قريب.

(٣) المقتنع : باب العتق والتدبير والمكاتب ص ١٥٩ س ٧ قال : وإن مات مكاتب وقد أدى بعض مكاتبته (ولم يفصل بين المشروط والمطلق).

(٤) المختلف : في أحكام المكاتب ص ٨٨ س ١٣ قال : وقال ابن الجنيد : ولو مات هذا المكاتب إلى قوله : ولم يفصل.

(٥) كتاب الخلاف : كتاب المكاتب (مسألة ١٨) قال : إذا مات المكاتب المشروط عليه إلى آخر ما في المتن.

(الرابع) وجوب قضاء ما بقي من مال الكتابة من أصل التركة كالدين والفاضل للورثة من غير تفصيل أيضا ، وهو قول أبي علي.

احتج الأولون بصحيفة بريد بن معاوية العجلي قال : سألت عن رجل كاتب عبدا له على ألف درهم ولم يشترط عليه حين كتابته ان هو عجز عن مكاتبته فهو رد في الرق ، وإن المكاتب أدى الى مولاه خمسمائة درهم ، ثم مات المكاتب وترك مالا وترك ابنا له مدركا ، قال : نصف ما ترك المكاتب من شيء فإنه لمولاه الذي كاتبه ، والنصف الباقي لابن المكاتب ، لأن المكاتب مات ونصفه حرّ ونصفه عبد للذي كاتبه ، فابن المكاتب كهيئة أبيه نصفه حرّ ونصفه عبد للذي كاتب أباه ، فإن أدى الى الذي كاتب أباه ما بقي على أبيه فهو حرّ لا سبيل لأحد من الناس عليه ^(١) هذا سند ما ذكرناه في المطلق.

واما المشروط : فصحيفة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مكاتب يؤدي بعض مكاتبته ثم يموت ويترك ابنا له من جارية له ، فقال : ان كان اشترط عليه انه ان عجز فهو رق يرجع ابنه مملوكا والجارية ، وان لم يشترط صار ابنه حرّا وردّ على المولى بقية المكاتبه وورث ابنه ما بقي ^(٢).

احتج أبو علي بهذه الرواية وبصحيفة ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في مكاتب يموت وقد أدى بعض مكاتبته وله ابن من جاريته ، قال : ان اشترط عليه ان عجز فهو مملوك يرجع ابنه مملوكا والجارية وان لم يكن اشترط عليه أدى ابنه ما بقي من مكاتبته وورث ما بقي ^(٣).

(١) الاستبصار : ج ٤ (٢١) باب ميراث المكاتب ص ٣٧ الحديث ١.

(٢) الاستبصار : ج ٤ (٢١) باب ميراث المكاتب ص ٣٨ الحديث ٤.

(٣) الاستبصار : ج ٤ (٢١) باب ميراث المكاتب ص ٣٧ الحديث ٣.

احتج الصدوق بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب توفي وله مال ، قال : يقسم ماله على قدر ما أعتق منه لورثته ، وما لم يعتق يحسب منه لأربابه الذين كاتبوه ، وهو ماله ^(١).

ذكر الاستيلاء

مقدمات

(الأولى) أجمعت الأمة على اباحة الوطي بملك اليمين.
والأصل فيه الكتاب والسنة قال الله جلّت عظمتة ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ الآية ^(٢).
وفعله النبي صلى الله عليه وآله : فإن مارية القبطية كانت جارية له صلى الله عليه وآله ، وهي أم ولد له وهو إبراهيم ^(٣).
وكان في الملل السالفة كملة إبراهيم عليه السلام : فإنّ هاجر أم إسماعيل كانت جارية سرية لإبراهيم عليه السلام ^(٤).

(١) الاستبصار : ج ٤ (٢١) باب ميراث المكاتب ص ٣٧ الحديث ٢.

(٢) سورة المؤمنون / ٦٠٥.

(٣) الطبقات الكبرى لابن سعد : ج ١ ص ١٣٤ وفيه : (واهدى . اى المقوقس صاحب الإسكندرية . إلى النبي صلى الله عليه وآله) وسلم مارية القبطية إلى قوله : فوطئ مارية بالملك.

(٤) الطبقات الكبرى لابن سعد : ج ١ ص ٤٨ وفيه : كانت هاجر من القبط إلى قوله : فوهبت سارة هاجر لإبراهيم (ع) فوطئها فولدت له إسماعيل.

وكان لسليمان بن داود عليهما السلام سبعمائة سرية^(١).
(الثانية) كل مملوكة علفت من سيدها حين ملكه بحر ، يلحق به شرعا فهي أم ولد له
حقيقة شرعية.

(الثالثة) للاستيلاء احكام.

(أ) ابطال كل تصرف ناقل للملك عنه الى غيره ، غير مستلزم العتق بذاته ، فيجوز
بيعها الى من يعتق عليه لا بشرط يتقرب كبيعها على من شرط عتقها على الأقوى.

(ب) ابطال ما يستلزم النقل كالرهن.

(ج) العتق بثلاث شروط :

وفاة المولى.

وبقاء حياة ولدها.

وخلو ذمته عن ثمنها ، أو وفاء التركة به. ولو وفيت التركة بالبعض قوم عليه الباقي
على الأظهر.

(الرابعة) يظهر ثبوت الاستيلاء وأحكامه بالوطني بوضعها علقه أو ما بعدها إجماعا ،
وفي النطفة قولان.

(الخامسة) يستمر حكم الاستيلاء ما دام الولد حيا ، لا في حكم الميت قطعا
كارتداده عن فطرة ، وموت الأب أو حكمه فيعتق بالشرائط.

(السادسة) الاستيلاء ينزل منزلة الإتلاف ، فاستيلاء المريض من الأصل كالصحيح
فيقدم على الديون.

(١) الطبقات الكبرى لابن سعد : ج ٨ ص ٢٠٢ وفيه (قد كان لسليمان بن داود ألف امرأة سبعمائة مهيبة
وثلاثمائة سرية).

واما الاستيلاء : فهو يتحقق بعلوق أمته منه في ملكه وهي مملوكة ، لكن لا يجوز بيعها ما دام ولدها حيّا إلّا في ثمن رقبته إذا كان ديناً على مولاه ولا جهة لقضائها غيرها. ولو مات ولدها جاز بيعها ، وتحرر بموت المولى من نصيب ولدها. ولو لم يخلف الميت سواها عتق منها نصيب ولدها وسعت فيما بقي. وفي رواية تقوم على ولدها ان كان موسراً.

قال طاب ثراه : ولو لم يخلف الميت سواها عتق منها نصيب ولدها ، وسعت فيما بقي ، وفي رواية تقوم على ولدها ان كان موسراً.

أقول : الخلاف هنا مبنى على ان من ملك بعض قريبه قهراً ، هل يعتق عليه أم لا ، والأقوى عدم التقويم ، فلا يقوم هنا على ولدها لان تملكه لها بغير اختياره ، فيسعى للورثة في باقي قيمتها ، ولا يقوم عليه وان كان موسراً ، وهو اختيار الشيخين ^(١) ^(٢) وابن إدريس ^(٣) والمصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) وقال الشيخ في المبسوط : يلزم ولدها ان يؤدي بقية ثمنها ^(٦) وهو قول أبي علي ^(٧) لقول النبي صلى

- (١) النهاية : باب أمهات الأولاد ص ٥٤٧ س ٢ قال : وإذا مات مولاه الى قوله : كان نصيب ولدها منها حراً واستسعت في الباقي إلخ.
- (٢) المقنعة : باب ابتياع الحيوان واحكامه ص ٩٣ س ١٤ قال : وإذا مات السيد وخلف أم ولد وولدها الى قوله : كان نصيب ولدها منها حراً واستسعت في باقي حقوق الورثة.
- (٣) السرائر : باب أمهات الأولاد ص ٣٤٨ س ١٩ قال : فان لم يكن هناك غيرها اعتقت من نصيب ولدها واستسعت في الباقي.
- (٤) لاحظ عبارة النافع.
- (٥) القواعد : ج ٢ في الاستيلاء ، المطلب الثاني في الأحكام ص ١٢٨ س ١٣ قال : ولو لم يكن سواها عتقت من نصيب ولدها وسعت في الباقي.
- (٦) المبسوط : ج ٦ كتاب أمهات الأولاد ص ١٨٥ س ١١ قال : وان كان لولدها مال أدى بقية ثمنها منه.
- (٧) المختلف : في الاستيلاء ص ٩٥ س ٣٨ قال : وقال ابن الجنيدي : وانما تعتق عندنا الى قوله : وقد خلف ما يستحقه ولدها بنصيبه من ميراث والده.

وفي رواية محمد بن قيس^(١) عن أبي جعفر عليه السلام في وليدة نصرانية أسلمت وولدت من مولاهما غلاما ومات فأعتقت وتزوجت نصرانيا وتنصرت ، فقال : ولدها لابنها من سيدها ، وتحبس حتى تضع وتقتل ، وفي (النهاية) يفعل بها ما يفعل بالمرتدة. والرواية شاذة.

الله عليه وآله : من ملك ذا رحم فهو حر^(١).
 قال طاب ثراه : وروى محمد بن قيس إلخ.
 أقول : هذه الرواية مخالفة للأصول في شيئين.
 (الأول) اشتغالها على استرقاق الحر ، لان ولدها حر ، لتولده عن نصراني محترم لا يجوز استرقاقه ، إذا التقدير ذلك.
 (الثاني) تحتم القتل على المرأة ، وهي لا تقتل بالارتداد ، وإن كانت عن فطرة ، فكيف هذه وهي عن ملة ، بل تحبس دائما وتضرب أوقات الصلاة حتى تتوب.
 ومحمد بن قيس مجهول العين لأنه مشترك بين جماعة منهم أبو أحمد وهو ضعيف روى عن أبي جعفر عليه السلام.

خاتمة

أجمعت الأمة على تحريم بيع أم الولد في غير ثمنها مع حياة ولدها ، ويجوز التصرف فيها بغير البيع من الوطي ، والاستخدام ، والإجارة ، والتزويج ، ويصح تديرها ، وفي كتابتها قولان : أفواهما المنع.
 وعلى القول بالصحة : لو مات السيد قبل الأداء تعجل عتقها من نصيب ولدها.

(١) سنن ابن ماجه : ج ٢ كتاب العتق (٥) باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر الحديث ٢٥٢٤.

.....

ويجوز بيعها عندنا في مواضع.

(الأول) إذا مات ولدها عادت الى محض الرق عندنا ، وعند المخالف حكم الاستيلاء باق وتنعتق بموت سيدها ، ويجوز التصرف فيها عندهم بغير البيع كالأستخدام والتزويج.

(الثاني) إذا أفلس بثمنها وليس له وفاء إلا منها بيعت في الدين ، وهو المشهور عند علمائنا صرح به القاضي ^(١) وابن حمزة ^(٢) وأبو علي ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) ونقل ابن إدريس عن السيد : انه لا يجوز بيعها ما دام الولد حيا ^(٦) والروايات بالأول ^(٧) ولا فرق بين حياة السيد وموته ، وفي النهاية : إذا لم يخلف غيرها وكان ثمنها دينا على مولاه قومت على ولدها ويترك الى ان يبلغ ، فاذا بلغ اجبر على ثمنها ، فان مات قبل البلوغ بيعت في ثمنها وقضي منه الدين ^(٨) وبالغ ابن

(١) لم أظفر به في كتاب المهذب الذي بأيدينا ولعله أورده في كتاب الدين ، وليس هو في المطبوع ، ولكن قال في الإيضاح : ج ٣ ص ٦٣٦ س ١٢ والشيخان وابن البراج أطلقوا القول بجواز بيعها في ثمن رقبته مع إعسار المولى إلخ.

(٢) الوسيلة : في بيان بيع الحيوان ص ٢٤٨ س ١ قال : وأم الولد (أي يجوز بيعها) إذا مات ولدها ، أو في ثمن رقبته مع بقاء الولد.

(٣) الإيضاح : ج ٣ ص ٦٣٦ س ١١ قال : نص ابن الجنيد وابن إدريس على عدم اشتراط موت المولى في جواز بيعها في ثمن رقبته إذا لم يكن لمولاه سواها.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف : في الاستيلاء ص ٩٦ س ١٦ قال : مسألة المشهور انه لا يجوز بيع أم الولد الى قوله : ونحن في هذه المسألة من المتوقفين ، ولكن في الإيضاح : نقلا عن القواعد ص ٦٣٦ س ٣ ما لفظه : وكذا يجوز بيعها مع وجود ولدها إلخ ولا يخفى ان هذه الجملة في القواعد المطبوعة مسطوره عليها.

(٦) السرائر : باب أمهات الأولاد ص ٣٤٨ س ١٧ قال : وقال السيد المرتضى : لا يجوز بيعها ما دام الولد باقيا إلخ.

(٧) الوسائل : الباب ٢ من أبواب الاستيلاء الحديث ١.

(٨) النهاية : باب أمهات الأولاد ص ٥٦٧ س ٤ قال : فان لم يخلف غيرها وكان ثمنها دينا على مولاه قومت على ولدها إلخ.

إدريس في منع هذا الحكم بمخالفته الأصل من وجهين (أ) : إجبار الولد ولا وجه له ، والأصل عدمه.

(ب) تأخير الدين وفيه إضرار بصاحبه ، وهو منفي لقوله عليه السلام : لا ضرر ولا ضرار ^(١). وصوبه العلامة ^(٢) لكن الشيخ رحمه الله عوّل في ذلك على موثقة وهب بن حفص عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام ^(٣).

(الثالث) إذا أسلمت تحت الذمي بيعت عليه عملاً بالعموم الدال على بيع المسلم على الكافر ^(٤) واختاره الشيخ في المبسوط ^(٥) وابن إدريس ^(٦) وقال في الخلاف : تجعل عند امرأة مسلمة ويؤمر بالإنفاق عليها حتى يسلم ، أو يموت هو فينعتق ولدها فتباع ^(٧) وقال العلامة : ونعم ما قال : تستسعى في قيمتها فإذا أدت القيمة أعتقت ^(٨) لان البيع مع وجود الولد منهي عنه ، وكذا إبقائها في يد المولى لنص الآية ^(٩) وعتقها مجانا إضرار بالمولى ، وكذا الحيلولة ، فيتعين الاستسعاء.

(١) السرائر : باب أمهات الأولاد ص ٣٤٨ س ٢٨ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال : وهذا الذي ذكره غير صحيح ولا واضح إلخ ولا يخفى انه أجاب عن النهاية به أجوبة ثلاثة نقضا وطرذا فلاحظ :

(٢) المختلف : في الاستيلاء ص ٩٥ س ٢٢ فإنه بعد نقل قول ابن إدريس قال : وقول ابن إدريس جيد.

(٣) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦١ الحديث ١٢.

(٤) الوسائل : ج ١٢ ، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع وشروطه ص ٢٨٢ الحديث ١ نقلا عن النهاية.

(٥) المبسوط : ج ٦ كتاب أمهات الأولاد ص ١٨٨ س ٢١ قال : إذا كان لذمي أم ولد منه فأسلمت إلى قوله : وتباع عندنا.

(٦) السرائر : كتاب أمهات الأولاد ص ٣٤٨ س ٢٤ قال : إذا كان لذمي أم ولد فأسلمت إلى قوله : فإنها تباع عليه.

(٧) كتاب الخلاف : كتاب أمهات الأولاد ، مسألة ٢ قال : وتكون عند امرأة مسلمة تتولى القيام بحالها إلخ.

(٨) تقدم آنفا.

(٩) قال تعالى ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ سورة النساء / ١٤٠.

(الرابع) إذا مات سيدها وعليه دين يحيط بالتركة قال ابن حمزة : قومت على ولدها فاذا بلغ الزم أدائه ، وان لم يكن له مال استسعى فيه ، فان مات قبل البلوغ بيعت في الدين ^(١) اعتمادا على رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام ^(٢) ، وقيل : لا تباع لأن الاستيلاء إتلاف ، ولرواية عمر بن يزيد عن الكاظم عليه السلام الى ان قال : قلت : فيباع فيما سوى ذلك من دين قال : لا ^(٣) ، واختار الشهيد بيعها لنصهم على عتقها من نصيب الولد ، ولا ارث إلا بعد الدين ^(٤) وتوقف العلامة في المختلف ^(٥).

وفي هذه المسألة اذن (أربعة . خ) أقوال :

(الأول) بيعها وهو قول الشهيد.

(الثاني) عدمه مطلقا قاله بعض الأصحاب.

(الثالث) بيعها مع تعذر استيفاء الدين من الولد ولو باستسعائه وهو قول ابن حمزة.

(الرابع) التوقف وهو قول العلامة.

(الخامس) إذا حملت بعد الارتحان لتعلق حق المرتهن بها سابقا على حق الاستيلاء.

(١) الوسيلة : فصل في بيان أحكام أمهات الأولاد ص ٣٤٣ س ١٣ قال : قومت على ولدها إلخ.

(٢) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٣٨ الحديث ٩٤.

(٣) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٣٨ قطعة من حديث ٩٥.

(٤) اللعة الدمشقية : الطبعة الحديثة ج ٣ ص ٢٥٧ س ٢ قال : اما مع حياته (أي حياة الولد) فلا يجوز بيعها إلا في ثمانية مواضع ، أحدها في ثمن رقبته مع إعسار مولاه إلخ.

(٥) تقدم نقله عن المختلف : ص ٩٦ س ٢٣ فإنه بعد نقل قول المشهور وابن حمزة قال : ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.

.....

- (السادس) تباع لتحوز الإرث وهو إجماع.
- (السابع) تباع في الجناية على أصح القولين.
- (الثامن) إذا أعسر مولاهما بنفقتها ، تفصيا من الضرر.
- (التاسع) إذا حملت بعد التفليس والحجر على أمواله ، وفي هذه وفي المرهونة خلاف.
- (العاشر) تباع على من تعتق بملكه لها.
- (الحادي عشر) تباع بشرط العتق ، لحصول المقصود ، والأقرب المنع.
- (الثاني عشر) إذا ارتد ولدها عن فطرة لأنه في حكم الميت.
- (الثالث عشر) إذا كان ولدها كافرا وهناك ورثة مسلمون.
- (الرابع عشر) إذا كان قاتلا.

فرع

- لو مات ولدها من ولد ، هل تباع؟ فيه ثلاثة أوجه :
- (الأول) البيع مطلقا لورود النص على الولد.
- (الثاني) عدمه مطلقا ، لأنه ولد حرّ.
- (الثالث) بيعها إن لم يكن وارثا ، وهو المعتمد ، لارثه نصيبا من جدته ، فتعتق عليه.

كتاب الإقرار

كتاب الإقرار

والنظر في الأركان واللواحق.

والأركان أربعة.

(الأول) الإقرار : وهو اخبار الإنسان بحق لازم له ، ولا يختص لفظا ، وتقوم مقامه الإشارة.

مقدمة الإقرار إخبار الإنسان عن حق لازم له ، أى للمقر ، وبالقيد الأخير ينفصل عن الشهادة ، لاشتراك الشهادة والإقرار في مطلق الاخبار ، وانفصل الإقرار بكون النزوم للمخبر ، والشهادة لغيره.

وحكمه ثابت بالكتاب ، والسنة ، والإجماع.

أما الكتاب : فقولہ تعالى ﴿قَالَ أَأَفْرَأْتُمْ﴾. ﴿قَالُوا أَفَرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا﴾^(١) وقال تعالى ﴿فَلْيَمْلِكْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ﴾^(٢) أي فليقر وليه بالحق غير زائد ولا ناقص ،

(١) سورة آل عمران / ٨١.

(٢) سورة البقرة / ٢٨٢.

لو قال : لي عليك كذا ، فقال : نعم ، أو أجل فهو إقرار. وكذا لو قال : أليس لي عليك كذا؟ فقال : بلى ، ولو قال : نعم قال الشيخ : لا يكون إقرارا ، وفيه تردد.

وقال تعالى ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾^(١) والشهادة على النفس هو الإقرار عليها.

وأما السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله فإنه من ييدي لنا صفحته نقم عليه حدّ الله^(٢) وقوله عليه السلام : أغد يا أنيس على امرأة هذا فإن أقرت فارجمها^(٣) وقوله عليه السلام لماعز بن مالك : الآن أقررت أربعاً^(٤) وأيضا فإنه رجم الغامدية والجهنية بإقرارهما كما رجم ماعزا بإقراره^(٥).

وأما الإجماع : فلا خلاف بين الأمة في صحته ولزوم الحق به وإن اختلفوا في مسائله. قال طاب ثراه : وكذا لو قال : أليس لي عليك كذا؟ فقال : بلى ، ولو قال : نعم قال الشيخ : لا يكون إقرارا وفيه تردد.

(١) سورة النساء / ١٣٥.

(٢) الموطأ : ج ٢ كتاب الحدود (٢) باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا ، الحديث ١٢ ورواه الشيخ في المبسوط : ج ٣ كتاب الإقرار.

(٣) صحيح مسلم (٣) كتاب الحدود (٥) باب من اعترف على نفسه بالزنا قطعة من حديث ٢٥.

(٤) صحيح مسلم (٣) كتاب الحدود (٥) باب من اعترف على نفسه بالزنا الحديث ١٧ و ١٩ ورواه الشيخ في المبسوط : ج ٣ كتاب الإقرار.

(٥) صحيح مسلم (٣) كتاب الحدود (٥) باب من اعترف على نفسه بالزنا ، الحديث ٢٣ و ٢٤ ورواه الشيخ في المبسوط : ج ٣ كتاب الإقرار وروى الاخبار المذكور في عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٤٤١ الأحاديث (١) ٢٠٣ . (٤).

أقول : منشأ التردد النظر الى العرف ، ووضع أهل اللغة. فإن العرف قيام كل واحدة من الصنفين مقام الأخرى. والإقرار انما يحمل على مفهوم أهل العرف ، لا على دقائق العربية ، فيكون إقرارا.

ومن حيث ان (نعم) في جواب السؤال تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام ، و (بلى) تكذيب له ، لأن أصل بلى (بل) زيدت عليها الياء ، وهي للرد والاستدراك ، وإذا كان كذلك فقوله (بلى) رد لقوله (أليس لي عليك) لأنه الذي دخل عليه حرف الاستفهام ، ونفي له ، ونفي النفي إثبات ، وقوله (نعم) تصديق له فكأنه قال : ليس لك ألف. هذا محصل ما قاله أهل اللغة ^(١).

وعلى وفاقه ورد القرآن. قال تعالى ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ ^(٢) ولو قالوا : (نعم) كفروا ، وقال تعالى ﴿أَمْ يَحْسَبُونَ أَنَّا لَا نَسْمَعُ سِرَّهُمْ وَنَجْوَاهُمْ بَلَىٰ﴾ ^(٣). ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنَّنَا نَجْمَعُ عِظَامَهُ بَلَىٰ﴾ ^(٤).

(١) ونعم ونعم كقولك بلى ، الا ان نعم في جواب الواجب ، وهي موقوفة الآخر لأنها حرف جاء لمعنى ، وفي التنزيل ﴿فَهَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾ قال الأزهرى : انما يجاب به الاستفهام الذي لا جحد فيه ، قال : وقد يكون نعم تصديقا ويكون عدة ، وربما ناقض بلى إذا قال : ليس لك عندي وديعة ، فتقول : نعم تصديق له وبلى تكذيب (لسان العرب ج ١٢ ص ٥٨٩ لغة نعم) وفيه أيضا : و (بلى) جواب استفهام فيه حرف نفي كقولك : ألم تفعل كذا؟ فيقول : بلى ، و (بلى) جواب استفهام معقود بالجحد ، وقيل : يكون جوابا للكلام الذي فيه الجحد كقوله تعالى ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾. التهذيب : وانما صارت بلى تتصل بالجحد ، لأنها رجوع عن الجحد الى التحقيق ، فهو بمنزلة (بل) وبل سيلها أن تأتي بعد الجحد ، وإذا قال الرجل للرجل ألا تقوم؟ فقال له : بلى ، أراد بل أقوم ، فزادوا الالف على بل ليحسن السكوت عليها إلخ (لسان العرب ج ١٤ ص ٨٨ لغة بلى).

(٢) سورة الأعراف / ١٥٢.

(٣) سورة الزخرف / ٨٠.

(٤) سورة القيامة / ٤.

ولو قال : أنا مقر لم يلزمه الا ان يقول به. ولو قال : بعنيه ، أو هبنيه فهو إقرار. ولو قال : لي عليك كذا ، أترن أو انتقد؟ لم يكن شيئاً. وكذا لو قال : أترنّها أو انتقدها. اما لو قال : أجلتني بها ، أو قضيتكها فقد أقر ، وانقلب المقر مدعياً.

(الثاني) المقر : ولا بد من كونه مكلفاً حرّاً مختاراً جائز التصرف. فلا يقبل إقرار الصغير ، ولا المجنون ، ولا العبد بماله ، ولا حدّ ولا جنابة ولو أوجبت قصاصاً. (الثالث) في المقر له : ويشترط فيه أهلية التملك. ويقبل لو أقر للحمل تنزيلاً على الاحتمال وان بعد وكذا لو أقر لعبد ويكون للمولى.

(الرابع) في المقر به. ولو قال : له عليّ مال قبل تفسيره بما يملك وان قل. ولو قال : شيء فلا بد من تفسيره بما يثبت في الذمة. ولو قال : ألف ودرهم رجع في تفسير الألف اليه. ولو قال : مائة وعشرون درهماً ، فالكل دراهم.

وقال في (نعم) ﴿فَهَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾^(١) ﴿إِنَّ لَنَا لَأَجْرًا إِن كُنَّا نَحْنُ الْغَالِبِينَ قَالَ نَعَمْ﴾^(٢).

وعلى هذا أكثر الأصحاب ، واختاره العلامة^(٣) وفخر المحققين^(٤) وتكرر

(١) سورة الأعراف / ٤٤.

(٢) سورة الشعراء / ٤١ و ٤٢.

(٣) التحرير : ج ٢ كتاب الإقرار ، في الصيغة ص ١١٧ س ١٣ قال : ولو قال : أليس عليك ألف لي ، فقال : بلى لزمه ، ولو قال : نعم قيل : لا يلزمه والوجه اللزوم.

(٤) الإيضاح : ج ٢ ص ٤٢٤ س ٦ فإنه بعد نقل عبارة القواعد قال : هذا قول الشيخ وأكثر

وكذا كنايةه عن الشيء. ولو قال : كذا درهم ، فالإقرار بدرهم. وقال الشيخ : لو قال : كذا كذا درهما ، لم يقبل تفسيره بأقل من أحد عشر. ولو قال : كذا وكذا لم يقبل أقل من أحد وعشرين ، والأقرب الرجوع في تفسيره إلى المقر^(١) ولا يقبل أقل من درهم. ولو أقر بشيء مؤجلا فأنكر الغريم الأجل لزمه حالا ، وعلى الغريم اليمين.

المصنف^(٢) وقال في الشرائع ، وفيه تردد من حيث يستعمل الأمران استعمالا ظاهرا^(٣). قال طاب ثراه : وكذا كنايةه عن الشيء ، فلو قال : كذا درهم فالإقرار بدرهم. وقال الشيخ : لو قال : كذا كذا درهم ، لم يقبل تفسيره بأقل من أحد عشر. ولو قال : كذا وكذا لم يقبل أقل من أحد وعشرين ، والأقرب الرجوع في تفسيره إلى المقر. أقول : يريد أنّ كذا كناية عن الشيء ، أي قول المقر له كذا بمنزلة قوله : له شيء ، وكما يقبل تفسير الشيء بما يقع عليه التمول ، كذا يقبل تفسير (كذا) بما يقع به التمول قلّ أو كثر وإن فسره بشيء مدرجا له مع الإقرار الزم ذلك الشيء ، ولو قال له : كذا كذا كان بمنزلة قوله : كذا ، لأن الشيء يقع على القليل والكثير ، فلا فائدة في تضعيفه ، وتكراره تأكيد لا تحديد. ولو قال : كذا وكذا استدعي المغايرة ، فلا بد من تفسيره ، بشيئين مختلفين أو متفقين ، يقبل كل واحد منهما في تفسير (كذا) لو لم يكن عطف ، وكذا الحكم لو قال : شيء شيء أو شيء شيء وشيء الحكم واحد.

الأصحاب ، لأن نعم في جواب الاستفهام تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام وبلى تكذيب له من حيث إن أصل بلى بل زيدت عليها الباء وهي للرد والاستدراك إلخ.

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) الشرائع : المقصد الثالث في الإقرار المستفاد من الجواب قال : ولو قال : أليس لي عليك كذا؟ فقال : بلى كان إقرارا ، ولو قال : نعم لم يكن إقرارا ، وفيه تردد من حيث إلخ.

إذا عرفت هذا فهنا مسائل.

(الأولى) إذا قال : عليّ كذا درهم ، ووقف عليه ساكنا لزمه درهم بالإجماع ، وإن حركه نصبا أو رفعا أو جرا فكذلك ، فالرفع على البدل ، والنصب على التميز ، والجرا على الإضافة ، وهو اختيار ابن إدريس ^(١) والمصنف ^(٢) والعلامة ^(٣) وفخر المحققين ^(٤) والشهيد ^(٥) وقال الشيخ في الكتابين : يلزمه مع النصب عشرون لأن أقل عدد مفرد ينصب ما بعده على التميز ، عشرون. ومع الجرا يلزمه مائة لأن أقل عدد يخفض ما بعده على التميز ذلك نص عليه علماء العربية ولم يوجد في كلام العرب غير ذلك ^(٦) ^(٧) وهو بناء على أن كذا كناية عن العدد.

وفيه نظر من وجوه

(أ) لا نسلم جعلها كناية عن العدد ، بل عن شيء ، وهو أعم.

(١) السرائر : باب الإقرار ص ٢٨١ س ٣٢ قال : وإن قال : كذا درهم بالخفض إلى أن قال : والأولى عندي في هذه المسائل أن يرجع في التفسير إلى المقرر. ولم يذكر هذه المسائل أحد من أصحابنا إلا شيخنا أبو جعفر في مبسوطه ومسائل خلافه إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) التحرير : ج ٢ كتاب الإقرار ، الثالث في المقرر به ص ١١٧ س ٣ قال : (يب) إذا قال : له عليّ كذا درهم بالرفع لزمه درهم ، وبالجرا يلزمه جزء درهم إلخ.

(٤) الإيضاح : ج ٢ كتاب الإقرار ، في الأقارير المجهولة ص ٤٤٢ س ٢١ قال : وهو الأصح عندي ، أي لو قال : درهما بالنصب ، يلزمه درهم واحد إلخ.

(٥) اللعة الدمشقية : ج ٦ كتاب الإقرار ص ٣٩٣ س ٢ قال : ولو قال : له عليّ كذا درهم بالحركات الثلاث إلى قوله : فواحد.

(٦) المبسوط : ج ٣ كتاب الإقرار ص ١٣ س ١٠ قال : ومن الناس من قال : إذا قال : له عليّ كذا درهما لزمه عشرون درهما إلى قوله : وهو الأصح عندي.

(٧) كتاب الخلاف : كتاب الإقرار مسألة ٨ قال : إذا قال : لفلان عندي كذا درهما فإنه يكون إقرارا بعشرين درهما. وفي مسألة ١١ قال : إذا قال : له عليّ كذا درهم لزمه مائة درهم إلخ.

واللواحق ثلاثة

(الأول) في الاستثناء ، ومن شروطه الاتصال العادي ، ولا يشترط الجنسي ، ولا نقصان المستثنى عن المستثنى منه ، فلو قال : له عليّ عشرة إلا ستة لزمه أربعة ، ولو قال : ينتقص ستة لم يقبل ^(١) منه. ولو قال : له عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة لزمه ثمانية. ولو قال : له عشرة إلا ثلاثة إلا

(ب) ان الإقرار لا يوازن المبهمات بالمعيّنات بواسطة الأعراب ، لأنّ أصل البراءة أقوى في نظر الفقهاء من اصطلاح النحاة.

(ج) ان المخاطبات العامة بين أهل العرف العام لا يحمل على اصطلاحات أهل العرف الخاص.

(د) قال الشيخ رحمه الله : متى احتملت الصيغة غير الإقرار بالشيء ، لا يكون إقرارا بذلك الشيء ، وهنا الاحتمال محقق من احتمال ارادة بعض الدرهم ، ومن حصول الخلاف بين الفقهاء في ذلك.

(هـ) أن دلالة الإعراب ظنية ، ونقل الأموال مبني على الاحتياط فيناط بالتعيين. (الثانية) لو قال : كذا كذا درهما نصبا قال الشيخ : يلزمه أحد عشر ، لأن أقل عددين تركبا وانتصب ما بعدهما على التمييز أحد عشر. والجواب والبحث كما تقدّم.

(الثالثة) لو قال : كذا وكذا نصيبا ، قال الشيخ : يلزمه احد وعشرون ، لأن أقل عددين عطف أحدهما على الآخر وانتصب ما بعدهما على التمييز احد وعشرون. والبحث فيه كما مرّ.

قال طاب ثراه : ولو قال : له عشرة إلا ستة لزمه أربعة ، ولو قال : بنقص ستة لم يقبل.

ثلاثة كان الإقرار بالأربعة. ولو قال : درهم ودرهم الآ درهمان لزمه درهمان. ولو قال : له عشرة إلا ثوبا سقط من العشرة قيمة الثوب ، ويرجع إليه تفسير القيمة ما لم يستغرق العشرة.

(الثاني) في تعقيب الإقرار بما ينفيه. فلو قال : هذا لفلان ، بل لفلان ، فهو للأول ويغرم القيمة للثاني. ولو قال : له عليّ مال من ثمن خمر لزمه المال. ولو قال : ابتعت بخيار وأنكر البائع الخيار ، قبل إقرار في البيع دون الخيار. وكذا لو قال : من ثمن مبيع لم أقبضه.

(الثالث) الإقرار بالنسب : ويشترط في الإقرار بالولد الصغير إمكان البتة ، وجهالة نسب الصغير ، وعدم المنازع ، ولا يشترط التصديق لعدم الأهلية. ولو بلغ فأنكر لم يقبل ، ولا بد في الكبير من التصديق ، وكذا في غيره من الأنساب. وإذا تصادقا توارثا بينهما ، ولا يتعدى المتصادقين ، ولو كان للمقر ورثة مشهورون لم يقبل إقراره بالنسب ولو تصادقا ، فإذا أقر الوارث بآخر وكان أولى منه دفع إليه ما في يده ، وإن كان مشاركا دفع إليه بنسبة نصيبه من الأصل. ولو أقر باثنين فتناكرا لم يلتفت إلى تناكرهما ، ولو أقر بأولى منه ثم بمن هو أولى من المقر له ، فإن صدّقه الأول دفع إلى الثاني ، وإن كذّبه ضمن المقر ما كان نصيبه. ولو أقر بمساولة فشاركه ثم أقر بمن هو أولى منهما ، فإن صدّقه المساوي دفعا إليه ما معهما ، وإن أنكر غرم للثاني ما كان في يده. ولو أقر للميتة بزواج دفع إليه مما في

أقول : الفرق بينهما : أنه في الصورة الأولى مستثنى ، وفي الثانية مضرب ، والاستثناء مقبول ومستعمل لغة وعرفا ، فلزمه ما بقي بعد الاستثناء ، سواء كان

يده بنسبة نصيبه ، ولو أقرّ لأخر لم يقبل إلا ان يكذب نفسه ، فيغرم له ان أنكر الأول. وكذا الحكم في الزوجات إذا أقر بخامسة. ولو أقر اثنان عادلان من الورثة صح النسب وقاسم الوارث ، ولو لم يكونا مرضيين لم يثبت النسب ودفعوا إليه ممّا في أيديهما بنسبة نصيبه من التركة.

الباقى أقل من المخرج أو أكثر ، فلو قال : له مائة إلا تسعون لزمه عشرة ، والإضراب غير مقبول لأنه إنكار بعد الإقرار ، فلا يكون مسموعا ، فهذا فرق ما بين الصورتين.

كتاب الإيمان

كتاب الأيمان ^(١)

(والنظر في أمور ثلاثة).

(الأول) ما به ينعقد. ولا ينعقد إلا بالله وبأسمائه الخاصة ، وما ينصرف إطلاقه إليه كالخالق والبارئ ، دون ما لا ينصرف إطلاقه إليه كالموجود. ولا ينعقد لو قال : أقسم أو أحلف حتى يقول بالله. ولو قال لعمر الله كان يمينا ، ولا كذا لو قال : وحق الله. ولا ينعقد الحلف بالطلاق والعتاق والظهار ، ولا بالحرم ولا بالكعبة ، ولا بالمصحف.

مقدمة

اليمين لفظ يقتضي تحقيق ما يمكن فيه الخلاف بذكر اسم الله تعالى ، أو صفاته المختصة به.

فالمراد بقولنا : (تحقيق) بالنسبة إلى داعي الحالف غالبا ، فإنه لما تعلّق الإثم والكفارة بالمخالفة حصل له داعي الإرادة إلى تحقيق الإتيان بمقتضى اليمين.

والتحقيق أعم من ان يكون إثباتا أو نفيا ، وقال الشهيد : هي الحلف بالله أو بأسمائه

الخاصة ^(١) لتحقيق ما يحتمل المخالفة والموافقة في الاستقبال ، والقيد الأخير مستدرک ، لان احتمال المخالفة تغني عنه لوجوب الماضي وخروجه عن حد الاحتمال.

والأصل في اليمين الكتاب والسنة والإجماع.

قال تعالى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾

^(٢) فأخبر انه لا يؤاخذ بلغو اليمين ، وهو ان يسبق لسانه بغير عقيدة قلبه ، وأخبر أنه يؤاخذ بما عقده وحلف به معتقدا.

وقال تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي

الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ ^(٣).

وروى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وآله قال : والله لأغزون قريشا والله لأغزون

قريشا والله لأغزون قريشا ^(٤) وفي بعضها ثم قال : ان شاء الله ^(٥).

وروي انه عليه السلام كان كثيرا ما يحلف بهذا اليمين (ومقلب القلوب) ^(٦).

وروى أبو أمامة المازني . واسمه إياس بن ثعلبة . ان النبي صلى الله عليه وآله قال : من

اقتطع مال امرء مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار قيل : وان كان شيئا

يسيرا؟! قال : وان كان سواكا ^(٧).

(١) اللعة الدمشقية : ج ٣ ص ٤٨ س ٧ قال : واليمين الحلف بالله الى قوله : أو باسمه.

(٢) سورة المائدة / ٨٩.

(٣) سورة آل عمران / ٧٧.

(٤) لاحظ عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٤٣ باب الأيمان الحديث ١ وما علق عليه ، ورواه في المبسوط : ج ٦ ص ١٩١ س ١٠.

(٥) لاحظ عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٤٣ باب الأيمان الحديث ١ وما علق عليه ، ورواه في المبسوط : ج ٦ ص ١٩١ س ١٠.

(٦) لاحظ عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٤٣ باب الأيمان الحديث ٢ وما علق عليه. والظاهر ان كلمة (والابصار) في عوالي اللثالي زائد من النسخ. ورواه في المبسوط : ج ٦ ص ١٩١ س ١٢.

(٧) لاحظ عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٤٣ باب الأيمان الحديث ٣ وما علق عليه من جامع الأصول. ورواه في المبسوط : ج ٦ ص ١٤.

وأجمعت الأمة على انعقاد الأيمان بشروطها.

تذنيب

يكره اليمين بغير الله من المخلوقات : كالنبي صلى الله عليه وآله والكعبة ، والأبوين .
روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال : من كان حالفا فليحلف بالله أو
ليذر ^(١).

وروى محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : ليس لخلقه ان يقسموا الا به ^(٢).
وقال صلى الله عليه وآله : لا تحلفوا بآبائكم ولا بالأنداد ، ولا تحلفوا الا بالله ، ولا
تحلفوا بالله الا وأنتم صادقون ^(٣).
وروى انه عليه السلام سمع عمر بن الخطاب يحلف بأبيه ، فقال عليه السلام : ان الله
ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم ^(٤).

وعنه عليه السلام : من حلف بغير الله فقد أشرك ، وفي بعضها فقد كفر بالله ^(٥).
وقيل في تأويل الشرك وجهان :

-
- (١) عوالي اللثالي : ج ٣ باب الأيمان ص ٤٤٤ الحديث ٤ ولاحظ ما علق عليه.
(٢) الكافي : ج ٧ كتاب الأيمان والنذور والكفارات ، باب انه لا يجوز ان يحلف الإنسان إلا بالله عز وجل ص
٤٤٩ قطعة من حديث ١ .
(٣) عوالي اللثالي : ج ٣ باب الأيمان ص ٤٤٤ الحديث ٦ و ٧ ولاحظ ما علق عليه. ورواهما في المبسوط : ج
٦ ص ١٩١ س ١٩ و ٢١ .
(٤) عوالي اللثالي : ج ٣ باب الأيمان ص ٤٤٤ الحديث ٦ و ٧ ولاحظ ما علق عليه. ورواهما في المبسوط : ج
٦ ص ١٩١ س ١٩ و ٢١ .
(٥) عوالي اللثالي : ج ٣ باب الأيمان ص ٤٤٤ الحديث ٨ و ٩ ولاحظ ما علق عليهما. ورواه في المبسوط : ج
٦ ص ١٩٢ س ٣ .

وينعقد لو قال : حلفت برب المصحف. ولو قال : هو يهودي أو نصراني ، أو حلف بالبراءة من الله أو رسوله أو الأئمة لم يكن يمينا. والاستثناء بالمشيئة في اليمين يمنعها الانعقاد إذا اتصل بما جرت العادة ، ولو تراخى عن ذلك عن غير عذر لزمتم اليمين.

أحدهما الشرك الحقيقي إذا اعتقد تعظيم ما يحلف به ويعتقد انها كاليمين بالله سبحانه ، ومن اعتقد هذا فقد كفر. والثاني معنى أشرك أي شارك في اليمين حيث حلف بغير الله كما يحلف بالله تعالى ، وهذا لا يقتضي تكفيره. وأما قوله : (كفر) فلا تأويل له ، ويحمل على المعنى الأول من التأويلين المذكورين ، ولا تجب الكفارة بالحنث فيها لكن يأنم^(١). وقال أبو علي : لا بأس بالحلف بما عظم الله قدره من الحقوق ، كقوله : وحق رسول الله صلى الله عليه وآله وحق القرآن^(٢) ويحرم بالبراءة من الله أو من رسوله ، أو أحد من الأئمة عليهم السلام. وأوجب الشيخان الكفارة بالحنث^(٣) والتقي بمجرد القول إذا لم يعلقه على شرط^(٤) ونفاه ابن إدريس مطلقا^(٥).

- (١) المبسوط : ج ٦ كتاب الأيمان ص ١٩٢ س ٥ ثم قال : فمتى خالف وحلف حنث بها فلا كفارة عليه بلا خلاف.
- (٢) المختلف : ج ٢ كتاب الأيمان وتوابعها ص ٧٩ س ٧ قال : وقال ابن الجنيد الى ان قال : ولا بأس ان يحلف الإنسان بما عظم الله إلخ.
- (٣) المقنعة : باب الأيمان والاقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال : ولا يجوز اليمين بالبراءة إلى قوله : ومن حلف بشيء من ذلك ثم حنث كان عليه كفارة ظاهر.
- (٤) النهاية : باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١١ قال : ومن حلف بالبراءة من الله الى قوله : كان عليه كفارة ظاهر إلخ.
- (٥) الكافي : فصل في الأيمان ص ٢٢٩ س ١٢ قال : وقول القائل : هو برئ من الله الى قوله : مطلقا مختارا الى قوله : وكفارة ظاهر.
- (٦) السرائر : كتاب الأيمان والنذور والكفارات ص ٣٥٢ س ٢٣ قال : وتعليق الكفارة عليها يحتاج الى دليل إلخ.

وفيه رواية بجواز الاستثناء إلى أربعين وهي متروكة.

واختاره المصنف ^(١) والعلامة ^(٢).

قال طاب ثراه : وفيه رواية بجواز الاستثناء إلى أربعين يوما ، وهي متروكة.

أقول : هنا بحثان.

(الأول) جواز الاستثناء في اليمين بمشية الله تعالى ، وهو إجماع ، وقد استثنى رسول الله صلى الله عليه وآله في يمينه (والله لأغزون قريشا) ^(٣) وكذلك علي عليه السلام في صفتين (والله لنقتلنهم غدا ان شاء الله) ^(٤) لكن بشرط الاتصال العادي ، فلو فصل بالتنفس والسعال وابتلاع اللقمة وقذف النخامة بحيث لا يخرج عن الاتصال ، لم تضر ، ولو تراخى لا كذلك حكم باليمين.

وأما الاستثناء عملا بعادة اللغة وأهل اللسان ، فإنهم لا يلحقون الاستثناء المنفصل بالأول ، بل يلغونه.

ولقوله عليه السلام : من حلف على شيء ورأى خيرا ، فليكفر وليأت الذي هو خير ^(٥) رواه الجمهور وفيه بحث. ولو جاز الاستثناء المنفصل لأرشد اليه ، وهو المشهور ، قاله الشيخ وجماعة من الأصحاب ^(٦) واختاره المصنف ^(٧) والعلامة ^(٨).

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) القواعد : ج ٢ كتاب الأيمان ص ١٣٠ س ٤ قال : أو بالبراءة من الله تعالى الى قوله : لم تنعقد.

(٣) سنن أبي داود : ج ٣ ، كتاب الأيمان والنذور ، باب الاستثناء في اليمين بعد السكوت ص ٢٣١ الحديث ٣٢٨٥ و ٣٢٨٦ ولاحظ عوالي اللئالي : ج ٣ باب الأيمان ص ٤٤٢ الحديث ١ وما علق عليه. ورواه في المبسوط : ج ٦ كتاب الأيمان ص ١٩١ س ٩.

(٤) الكافي : ج ٧ باب النوادر ص ٤٦٠ قطعة من حديث ١ وفيه (والله لأقتلن معاوية).

(٥) لاحظ عوالي اللئالي : ج ٣ باب الأيمان ص ٤٤٥ الحديث ١٠ وما علق عليه.

(٦) كتاب الخلاف : كتاب الأيمان ، مسألة ٢٨ قال : لا حكم للاستثناء إلا إذا كان متصلا بالكلام الى قوله : وبه قال جميع الفقهاء.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) المختلف : ج ٢ كتاب الأيمان ص ١٠٣ س ٢٢ قال : (مسألة) شرط الاستثناء الاتصال الى قوله :

وروى الصدوق (في الصحيح) عن عبد الله بن ميمون عن الصادق عليه السلام قال : للعبد ان يستثني ما بينه وبين أربعين يوما إذا نسي : إن رسول الله صلى الله عليه وآله أتاه ناس من اليهود فسألوه عن أشياء فقال : تعالوا غدا أحدثكم ولم يستثن فاحتبس جبرئيل عليه السلام عنه أربعين يوما ، ثم أتاه فقال ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لشيءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ وَادْكُرْ رَبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾^(١) ^(٢).

وأجاب العلامة : بحملها على ما إذا حلف وفي ضميره الاستثناء ونسيه لفظا ، فجاز له استدراكه ، ولا حد له حينئذ ، والتقيد في الحديث بالأربعين للمبالغة^(٣).
(الثاني) هل يشترط التلفظ بالاستثناء ، أو يكفي الاعتقاد والنية؟ قيل فيه : ثلاثة أقوال.

(أ) عدم الاكتفاء بالنية وان اقترنت باليمين ، بل لا بد من التلفظ قاله الشيخ في المبسوط^(٤) واختاره ابن إدريس^(٥) وهو اختيار العلامة في القواعد^(٦) والإرشاد^(٧).

ولو مكث ساعة ثم استثنى لم يقبل.

(١) سورة الكهف / ٢٣.

(٢) الفقيه : ج ٣ (٩٨) باب الأيمان والنذور والكفارات ص ٢٢٩ الحديث ١٢.

(٣) المختلف : ج ٢ في أحكام اليمين ص ١٠٣ س ٢٨ قال : والجواب الى قوله : فالخالف إذا حلف على شيء وفي ضميره الاستثناء لم يقصد العموم في يمينه إلخ.

(٤) المبسوط : ج ٦ ، كتاب الأيمان ص ٢٠٠ س ١٤ قال : فإنما يصح قولاً ونطقاً ، ولا تصح اعتقاد أو نية.
(٥) السرائر : كتاب الأيمان ص ٣٥٢ س ٣٧ قال : فإذا أثبت انه لا يصح الا موصولاً ، فإنما يصح قولاً ونطقاً ولا يصح اعتقاداً ونية.

(٦) القواعد : ج ٢ كتاب الأيمان ص ١٣٠ س ٨ قال : والاستثناء بمشية الله الى قوله : وكذا يقع لاغياً لو نواه من غير نطق به.

(٧) الإرشاد : ج ٢ (الأول في نفس اليمين) ص ٨٤ س ١٤ قال : وكذا (أي لم ينعقد) لو استثنى بالنية دون اللفظ.

(الثاني) الحالف : ويعتبر فيه البلوغ ، والتكليف ، والاختيار ، والقصد. فلو حلف من غير نية كانت لغوا ، ولو كان اللفظ صريحا. ولا يمين للسكران ، ولا المكره ، ولا الغضبان الآ ان يكون لأحدهم قصد إلى اليمين. وتصح اليمين من الكافر ، وفي الخلاف لا يصح.^(١) ولا ينعقد يمين

(ب) الاكتفاء بالضمير والاعتقاد قاله العلامة ^(١) لأن المعتبر في الأيمان انما هو بالنسبة إلى النية والضمير وإذا استثنى سرا لم ينو؟؟؟ شمول النية لما استثناه ، فلا يندرج في الحلف. (ج) من حلف علانية فليستثن علانية ، ومن حلف سرا فليستثن مثل ذلك قاله الشيخ في النهاية ^(٢).

ورواه الصدوق قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من حلف سرا فليستثن سرا ، ومن حلف علانية فليستثن علانية ^(٣). وأجاب العلامة بان الأمر هنا للإرشاد ، لئلا تتهم بمخالفة اليمين ويحكم عليه بارتكاب المحارم ^(٤). وهو حسن.

قال طاب ثراه : وتصح اليمين من الكافر ، وفي الخلاف لا يصح. أقول : منع الشيخ في الخلاف من يمين الكافر ، لكونه غير عارف بالله ، ولتعذر

(١) المختلف : ج ٢ كتاب الأيمان ص ١٠٣ س ٣٣ قال : والوجه صحة الاستثناء سرا وضميرا وان حلف علانية.

(٢) النهاية : باب ماهية الأيمان والاقسام ص ٥٥٦ س ١٥ قال : وإذا حلف علانية فليستثن علانية ، وإذا حلف سرا فليستثن مثل ذلك.

(٣) الفقيه : ج ٣ (٩٨) باب الأيمان والنذر والكفارات ص ٢٣٣ الحديث ٢٩.

(٤) المختلف : ج ٢ كتاب الأيمان ص ١٠٣ س ٣٥ قال : وانما أمر عليه السلام بالاستثناء علانية مع الحلف بذلك على سبيل الإرشاد.

الولد مع الوالد إلا بإذنه ، ولو بادر كان للوالد حلّها ان لم تكن في واجب أو ترك محرم ، وكذا الزوجة مع زوجها ، والمملوك مع مولاه.

(الثالث) في متعلق اليمين. ولا يمين الا مع العلم ، ولا يجب بالغموس كفارة ، وتنعقد لو حلف على فعل واجب أو مندوب ، أو على ترك محرم أو مكروه. ولا ينعقد لو حلف على ترك فعل واجب أو مندوب أو فعل محرم أو مكروه. ولو حلف على مباح وكان الأولى مخالفته في دينه أو دنياه فليأت لما هو خير له ، ولا اثم ولا كفارة. وإذا تساوى فعل ما تعلقت به اليمين وتركه وجب العمل بمقتضى اليمين. ولو حلف لزوجته الا يتزوج أو يتسرى لم تنعقد بيمينه. وكذا لو حلفت هي ان لا تتزوج بعده. وكذا لو حلفت ان لا تخرج معه. ولا تنعقد لو قال لغيره : والله لتفعلنّ ، ولا يلزم أحدهما. وكذا لو حلف لغريمه على الإقامة بالبلد وخشي مع الإقامة الضرر. وكذا لو حلف ليزير عبده ، فاعفو أفضل ولا اثم ولا كفارة. ولو حلف على ممكن فتجدد العجز انحلت اليمين. ولو حلف على تخليص مؤمن أو دفع أذية لم يأتّم ولو كان كاذبا ، وان أحسن التورية ورى ، ومن هذا لو وهب له مالا وكتب له ابتياع وقبض ثمن فينازعه الوارث على تسليم الثمن حلف ولا اثم ، ويورى بما يخرج عنه الكذب. وكذا لو حلف أنّ ممالكه أحرار وقصد التخلص من ظالم ، لم يأتّم ولم يتحرروا. ويكره الحلف على القليل وان كان صادقا.

اللازم الذي هو الغاية من انعقادها ، وهو التكفير ^(١) ثمّ تردد وجزم في المبسوط

(١) كتاب الخلاف : كتاب الأيمان ، مسألة ٩ قال : لا تنعقد يمين الكافر بالله ثمّ قال : وقال الشافعي تنعقد ، واستدل بالظواهر وحملها على عمومها ، ثمّ قال : وهو قوى.

(مسألثان)

(الأولى) روى ابن عطية ^(١) فيمن حلف ان لا يشرب من لبن عنزة له ، ولا يأكل من لحمها : انه يحرم عليه لبن أولادها ولحومهم ، لأنهم منها وفي الرواية ضعف ، وقال في النهاية : ان شرب لحاجة لم يكن عليه شيء ، والتقيد حسن.

بالجواز ^(١) واختاره المصنف ^(٢) وجزم ابن إدريس بالمنع ^(٣) وفصل العلامة فأجازها ممن لم يجحد الرب ومنعها منه ^(٤) ، وتظهر الفائدة في إسلامه قبل الحنث ، فان قلنا بانعقادها كفر لو خالف ، وان قلنا بعدمه فلا كفارة. وفي العقاب في الآخرة لو مات على كفره ، اما لو أسلم بعد الحنث فلا كفارة عليه إجماعا ، لعموم : الإسلام يجب ما قبله ^(٥).
قال طاب ثراه : وروى ابن عطية إلى آخره.

أقول : هذه رواها الشيخ في التهذيب عن الحسين بن سعيد ، عن سهل بن الحسن مرفوعا الى عيسى بن عطية عن أبي جعفر عليه السلام الحديث ^(٦) وسهل بن الحسن وابن عطية مجهولان ، وافق بها الشيخ في النهاية وقيدتها بعدم الحاجة ^(٧).

(١) المبسوط : ج ٦ كتاب الأيمان ص ١٩٤ س ٢٢ قال : الكافر يصح يمينه بالله في حال كفره إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) السرائر : كتاب الأيمان والندور والكفارات ص ٣٥٤ س ٢٣ قال : لا ينعقد يمين الكافر بالله إلخ.

(٤) المختلف : ج ٢ ص ٩٨ س ٣٩ قال : والمعتمد ان نقول : إن كان الكفر باعتبار جهله بالله تعالى الى قوله : فهذا لا ينعقد يمينه إلخ.

(٥) سند احمد بن حنبل : ج ٤ ص ١٩٩ وص ٢٠٤ وص ٢٠٥ والجامع الصغير للسيوطي ج ١ ص ١٢٣ حرف الهمزة المحلى بال ، وكنوز الحقائق للمناوي في هامش الجامع الصغير ج ١ ص ٩٥ نقلا عن الطبراني.

(٦) التهذيب : ج ٨ (١) باب الأيمان واقسامه ص ٢٩٧ الحديث ٧٤.

(٧) النهاية : باب أقسام الأيمان ص ٥٦٠ س ١٩ قال : ومن حلف ان لا يشرب من لبن عنز له الى قوله : ومن شرب لحاجة به لم يكن عليه شيء.

(الثانية) روى أبو بصير ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أعجبته جارية عمته فخاف الإثم فحلف بالأيمان ألا يمسه أبدا ، فورث الجارية ، أعليه جناح ان يطأها؟ فقال : انما حلف على الحرام ، ولعل الله رحمه فورثه إياها لما علم من عفته.

وفي سريان التحريم الى لحوم أولادها وألبانها ، اشكال ، أظهره العدم لأصالة الحل ، خلافا لأبي علي حيث حرّم الجميع ^(٢).

قال طاب ثراه : وروى أبو بصير إلى آخره.

أقول : أورد المصنف هذه الرواية ^(٣) بيانا لسند الحكم لا لتردده فيها.

وفيهما إيماء الى أنّ اباحه وطئها بعد ذلك ، وحل اليمين المتعلقة بتحريمها ، انما كان لأنه قصد الحرام ، أي قصد في ظنه لا يمسه حراما ، فلو حلف لا يطأها مطلقا ، ولم يخطر بباله قصد الزجر عن الحرام تعلق التحريم بها ، ولزمت اليمين ، ويلزمها التكفير بوطئها ، الا ان يعرض لليمين ما يوجب حلها ، كأن يكون الوطي أصلا.

(١) المختلف : ج ٢ في أحكام اليمين ص ٩٨ س ٢٠ قال : وقال ابن الجنيد ان لا يأكل لحم عنز الى قوله : لم يأكل منهم ما أنتجت ولا يشرب من لبنه.

(٢) التهذيب : ج ٨ (٤) باب الأيمان والاقسام ص ٣٠١ الحديث ١١٠.

كتاب النذور والعهود

كتاب النذور والعهود ^(١)

(والنظر في أمور أربعة)

(الأول) الناذر ، ويعتبر فيه التكليف والإسلام والقصد.

ويشترط في نذر المرأة اذن الزوج ، وكذا نذر المملوك ، فلو بادر أحدهما كان للزوج والمالك فسخه ما لم يكن فعل واجب أو ترك محرم. ولا ينعقد في سكر يرفع القصد ، ولا غضب كذلك.

كتاب النذور والعهود

مقدمة

النذر التزام الكامل المسلم المختار القاصد ، غير المحجور عليه ، بفعل أو ترك ، بقوله ، ناويا بالقرية. واحتزنا بالمحجور عليه عن المبدّر ، فلا ينعقد نذره للمال. والأصل فيه : الكتاب والسنة والإجماع.

اما الكتاب : فقوله تعالى ﴿يُوفُونَ بِالنَّذْرِ وَيَخَافُونَ﴾ ^(١) ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ ^(٢)

(١) سورة الدهر / ٧.

(٢) سورة الحج / ٢٩.

﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾^(١) ﴿وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا﴾^(٢).

واما السنة : فما روي عن النبي صَلَّى الله عليه وآله : من نذر ان يطيع الله فليطعه ، ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصيه^(٣) .
وأما الإجماع : فمن سائر الأمة لا يختلفون في صحة النذر ووجوب الوفاء به في الجملة.

تذنيب

النذر قسمان : نذر مجازات ، ونذر برّ.
فالأول : ما الزم الناذر به نفسه من طاعة يفعلها جزاء لشرط يتوقع حصوله ، من جلب نفع ، أو دفع مكروه ، فصار هنا شرط وجزاء ، فالشرط ما طلب الناذر ، والجزاء ما بذله والتزم به ، فالشرط يعتبر فيه ان لا يكون معصية لقوله عليه السلام : لا نذر في معصية لله تعالى الحديث^(٤) واتفق الكل على دلالة المفهوم هنا وثبوت النذر مع عدم المعصية ، وان منع بعضهم منها ، لكن لا هنا ولا فعل مكروه إجماعا.
والجزاء يشترط فيه ان يكون طاعة مقدورا لقوله عليه السلام : لا نذر في معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم^(٥) وأسقط عن أبي إسرائيل حيث نذر ان يصوم ، ولا يقعد ، ولا يستقل ،

(١) سورة النحل / ٩١ .

(٢) سورة الأحزاب / ١٥ .

(٣) سنن ابن ماجه : ج ١ (١١) كتاب الكفارات (١٦) باب النذر في المعصية ص ٦٨٧ الحديث ٢١٢٦ وفي عوالي اللئالي ج ٢ ص ١٢٣ الحديث ٣٣٨ وج ٣ باب النذر ص ٤٤٨ الحديث ١ .

(٤) سنن ابن ماجه ج ١ (١١) كتاب الكفارات (١٦) باب النذر في المعصية ص ٦٨٦ الحديث ٢١٢٦ وليس فيه جملة (لله تعالى) وتقام الحديث (ولا فيما لا يملك ابن آدم).

(٥) تقدم آنفا .

(الثاني) الصيغة : وهي ان تكون شكرا ، كقوله : ان رزقت ولدا فلله عليّ كذا ، أو استدفاعا ، كقوله : إن برئ المريض فلله عليّ كذا ، أو زجرا ، كقوله : ان فعلت كذا من المحرمات ، أو ان لم افعل كذا من الطاعات فلله على كذا ، أو تبرعا ، كقوله : لله عليّ كذا. ولا ريب في انعقاده مع الشرط ، وفي انعقاد التبرع قولان : أشبههما : الانعقاد.

ولا يتكلم ما لا طاعة فيه ، وامره بالتزام ما فيه طاعة فقال عليه السلام : مروه فليتكلم وليستظل وليقعد وليتم صومه ^(١).

(الثاني) ان يتدئ بالنذر تبرعا من غير شرط وجزاء كقوله : لله عليّ ان أصوم ، أو أصلي ، وفي صحته قولان.

قال طاب ثراه : وفي انعقاد التبرع قولان : أشبههما الانعقاد.

أقول : مختار المصنف هو المشهور بين الأصحاب. وهو اختيار الشيخ ^(٢) وابن إدريس ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) وقال المرتضى : لا ينعقد الا ما تعلق

(١) سنن ابن ماجه : ج ١ كتاب الكفارات (٢١) باب من خلط في نذره طاعة بمعصية ص ٦٩٠ الحديث ٢١٣٦ وفيه ان رسول الله صلى الله عليه مر برجل بمكة وهو قائم في الشمس فقال : ما هذا؟ قالوا نذر إلخ ورواه في عوالي اللثالي : ج ٣ (٤٤٨) الحديث ٣ وفيه (اسمه أبو إسرائيل).

(٢) كتاب الخلاف : كتاب النذور ، مسألة ١ قال : إذا قال ابتداء لله على الى قوله : ولم يجعله جزاء على غيره لزمه الوفاء به.

(٣) السرائر : باب النذور والعهود ص ٣٥٧ س ٦ قال : واما المطلق بان يقول : لله عليّ الى قوله : فنحو هذا نذر طاعة ابتداء بغير جزاء فعندنا انه يلزمه.

(٤) لاحظ عبارة النافع. وفي الشرائع : كتاب النذر ، في الصيغة قال : والتبرع ان يقول : الى قوله : والانعقاد أصح.

(٥) الانتصار : مسائل النذر ص ١٦٤ س ١ قال : ولو قال : لله علي الى قوله من غير شرط يتعلق به لم ينعقد نذره

بشرط^(١).

احتج الأولون بوجوه.

(الأول) صدق اسم النذر ، لصحة تقسيم النذر الى المطلق والمقيد ، ومورد التقسيم مشترك بين الاقسام فيجب الوفاء به عملا بعموم ﴿يُوفُونَ بِالنَّذْرِ﴾^(٢) ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾^(٣) ﴿إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي﴾^(٤). ولم يذكر الشرط في هذه الايات مع تسميته نذرا.

(الثاني) عموم قوله عليه السلام : من نذر ان يطيع الله فليطعه^(٥) وصحيحة أبي الصباح عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل قال : عليّ نذر انه قال : ليس النذر بشيء حتى يسمي شيئا لله صياما ، أو صدقة ، أو هديا ، أو حججا^(٦) ولم يذكر التعليق ولو كان شرطا لزم تأخير البيان عن وقت السؤال ، وهو محال لما تقرر في موضعه.

(الثالث) الاحتياط.

احتج السيد بان معنى النذر ما كان معلقا على شرط ، وما لا يتعلق على شرط لا يستحق اسم النذر^(٧) وبالإجماع. والثاني ممنوع ، والأول عين النزاع فلا يصلح دليلا.

(١) لم نعثر عليه.

(٢) تقدما.

(٣) تقدما.

(٤) سورة آل عمران / ٣٥.

(٥) سنن ابن ماجه : ج ١ كتاب الكفارات (١٦) باب النذر في المعصية ص ٦٨٧ الحديث ٢١٢٦ ونظام الحديث (ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه).

(٦) التهذيب : ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣٠٣ الحديث ٢.

(٧) الانتصار : في مسائل النذر ص ١٦٤ س ٤ قال : دليلنا على صحة ذلك الإجماع ، وأيضا فإن معنى النذر في اللغة ان يكون متعلقا بشرط إلخ.

ويشترط النطق بلفظ الجلالة ، فلو قال : عليّ كذا لم يلزم ، ولو اعتقد انه ان كان كذا فله عليه كذا ، ولم يتلفظ بالجلالة ، فقولان : أشبههما انه لا ينعقد ، وان كان الإتيان به أفضل.

١ . وصيغة العهد ان يقول : عاهدت الله متى كان كذا فعليّ كذا ، وينعقد نطقا.

قال طاب ثراه : ولو اعتقد انه (متى . خ) ان كان كذا فله عليه كذا ، ولم يلفظ بالجلالة فقولان : أشبههما انه لا ينعقد.

أقول : مذهب الشيخ في النهاية انعقاده بالضمير والاعتقاد ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) وابن حمزة ^(٣) وهو ظاهر المفيد ^(٤) وقال أبو علي : لا ينعقد الا بالتلفظ مع النية ^(٥) وبه قال ابن إدريس ^(٦) واختاره المصنف ^(٧) والعلامة في أكثر كتبه ^(٨) وتوقف في

(١) النهاية : باب ماهية النذور والعهود ص ٥٦٢ س ١٤ قال : ومتى اعتقد انه متى كان شيء إلى قوله : وجب عليه الوفاء به.

(٢) المهذب : ج ٢ باب النذور والعهود ص ٤٠٩ س ٢ قال : وإذا لم يتلفظ بالنذر واعتقد انه ان كان كذا الى قوله في الهامش : كان الوفاء بذلك واجبا عليه.

(٣) الوسيلة : فصل في بيان النذر ص ٣٥٠ س ٤ قال : وان نذر بالنية وحدها دون القول كان حكمه حكم من قال بلسانه.

(٤) المقنعة : باب النذور والعهود ص ٨٧ س ٥ قال : فاما نذر الطاعة فهو ان يعتقد الإنسان انه ان عوفي في مرضه إلخ.

(٥) المختلف : في النذر واحكامه ص ١٠٨ س ٢٣ فإنه بعد نقل قول ابن إدريس بعدم الانعقاد الا باللفظ قال : وهو اختيار ابن الجنيد الى ان قال : ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.

(٦) السرائر : باب النذور والعهود ص ٣٥٨ س ٣٥ قال : وقد قلنا ما عندنا في ذلك : من انه لا ينعقد الا ان يتلفظ به.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) القواعد : ج ٢ في النذر ص ١٣٩ س ١٣ قال : ولو اعتقد النذر بالضمير لم ينعقد. وفي التحرير

وفي انعقاده اعتقاداً قولان : أشبههما انه لا ينعقد ^(١) ويشترط فيه القصد كالنذر.
(الثالث) في متعلق النذر. وضابطه ما كان طاعة لله مقدوراً للناذر ، ولا ينعقد مع العجز. ويسقط لو تجدد العجز. والسبب إذا كان طاعة لله وكان النذر شكراً لزم. ولو كان زجراً لم يلزم. وبالعكس لو كان السبب

المختلف ^(١).

احتج الشيخ بعموم قوله عليه السلام : إنما الأعمال بالنيات ، إنما لكل امرئ ما نوى ^(٢) وإذا انتفى العمل عند انتفاء النية ، وجب ان يتحقق عند تحققها. ولان المناطق في العبادات اللفظية الاعتقاد وهو هنا حاصل ، واللفظي إنما هو لإعلام الغير ما في الضمير والله تعالى عالم بسرائر القلوب ، فيتحقق عقد النذر بعقد الضمير عليه وان لم يوجد لفظ ، ولقوله تعالى ﴿وَإِنْ تُبْدُوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُمْ بِهِ اللَّهُ﴾ ^(٣).

احتج الباقر : بأن الانعقاد حكم شرعي ، فيقف على الشرع ، وليس ، والأصل براءة الذمة. ولأن النذر إيقاع فلا يكفي فيه مجرد النية كاليمين والعتق. ولأنه من الأسباب ولا يجزي على ما في القلوب ، بل لا بد من ظهورها.

قال طاب ثراه : وفي انعقاده (أي العهد) اعتقاداً قولان : أشبههما انه لا ينعقد.

أقول : الخلاف في العهد كالنذر ، والمخالف فيه ثمة مخالف هنا.

قال طاب ثراه : والسبب إذا كان طاعة والنذر شكراً لزم ، ولو كان زجراً لم

ج ٢ في النذر ص ١٠٥ س ٢٠ قال بعد نقل قول الشيخ : وليس بجيد.

(١) تقدم آنفاً.

(٢) التهذيب : ج ٤ (٤٤) باب نية الصيام ص ١٨٦ الحديث ١ و ٢ وفي الأمالي للطوسي ج ٢ (مجلس يوم الجمعة ٢١ ع ٢ عام ٤٥٧) ص ٢٣١ س ٩ وفي صحيح البخاري ، ج ١ باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، الحديث ١.

(٣) سورة البقرة / ٢٨٤.

معصية ^(١) ، ولا ينعقد لو قال : لله عليّ نذر واقتصر به . وينعقد لو قال : لله عليّ قربة ، ويبر بفعل قربة ، ولو صوم يوم ، أو صلاة ركعتين . ولو نذر صوم ، صام ستة أشهر . ولو قال : زمانا ، صام خمسة أشهر . ولو نذر الصدقة بمال كثير ، كان ثمانين درهما . ولو نذر عتق كل عبد قديم ، أعتق من كان له في ملكه ستة أشهر فصاعدا ، هذا إذا لم ينو غيره . ومن نذر في سبيل الله ، صرفه في البر . ولو نذر الصدقة بما يملك ، لزم ، فان شق قومه وأخرج شيئا فشيئا حتى يوفي .

يلزم ، وبالعكس لو كان السبب معصية .

أقول : أشار المصنف هنا إلى أقسام النذر المشروط ، وينقسم إلى أربعة أقسام ، لأن السبب انما يكون طاعة أو معصية وعلى التقديرين النذر ، أي الجزاء ، اما ان يكون شكرا أو زجرا ، فالأقسام أربعة :

(أ) أن يكون السبب طاعة والنذر شكرا ، كقوله : ان صليت الليلة ، أو ان صمت غدا ، فله عليّ صدقة فيقصد بالتزام الصدقة ، الشكر لله على التوفيق للقيام والصيام ، فينعقد قطعا .

(ب) ان يكون السبب طاعة والنذر زجرا ، كقوله : ان صمت غدا فله عليّ صدقة ، فيقصد الزجر بالتزام الصدقة ، أي منع النفس وزجرها عن الصيام كيلا يلزمه الصدقة ، وهذا لا ينعقد ، لأنه معصية .

(ج) ان يكون السبب معصية والنذر طاعة ، كقوله : ان فعلت كذا من المحرمات فعليّ صدقة ، ويقصد الشكر ، أي يقصد بالتزام الصدقة الشكر على التوفيق والظفر بالمعصية ، وهذا لا ينعقد لعدم التقرب به .

(د) ان يكون السبب معصية والنذر طاعة ، ويقصد الزجر كقوله : ان فعلت كذا من المحرمات فله عليّ صدقة ، ويقصد منع نفسه وزجرها عن فعل المحرم بمحذور

(الرابع) اللواحق ، وهي مسائل.

(الاولى) لو نذر يوما معينا ، فاتفق له السفر أفطر وقضاه ، وكذا لو مرض ، أو حاضت المرأة ، أو نفست. ولو شرط صومه حضرا وسفرا ، صام ، وإن اتفق في السفر ، ولو اتفق يوم عيد أفطره ، وفي القضاء تردد.

لزوم الصدقة ، وهذا ينعقد قطعا.

فقد ظهر من هذا. كون السبب إذا كان طاعة وجب كون النذر شكرا. ولو كان معصية وجب كونه زجرا ، ولا يصح العكس في القسمين.

قال طاب ثراه : ولو اتفق يوم عيد أفطره ، وفي القضاء تردد.

أقول : بالقضاء قال الشيخ في النهاية ^(١) والمبسوط ^(٢) وبه قال الصدوق ^(٣) وابن حمزة ^(٤).

وبعدمه قال القاضي ^(٥) وابن إدريس ^(٦) والعلامة في القواعد ^(٧) واختاره فخر

(١) النهاية : باب أقسام النذور والعهود ص ٥٦٥ س ٣ قال : ومتى وجب عليه صيام نذر الى قوله : أو اتفق ان يكون يوم العيدين وجب عليه ان يفطر ذلك اليوم ويقضيه إلخ.

(٢) المبسوط : ج ١ فصل في ذكر أقسام الصوم ص ٢٨١ س ٤ قال : فإن وافق الصوم احد هذه الأوقات أفطر وقضى يوما مكانه.

(٣) المقنع : باب النذور والأيمان والكفارات ص ١٣٧ س ١٥ قال : فإن نذر ان يصوم يوما بعينه فوافق يوم عيد فطر أو أضحى إلى قوله : ويصوم يوما بدل يوم.

(٤) الوسيلة : فصل في بيان النذر ص ٣٥٠ س ١١ قال : وإن نذر يوما بعينه ، واتفق ان يكون يوم عيد الى قوله : أفطر وقضى.

(٥) المهذب : ج ٢ باب النذور والعهود ص ٤١١ س ٢ قال : فوافق ان يكون ذلك يوم العيدين وجب عليه إفطاره وليس عليه قضاءه.

(٦) السرائر : باب النذور والعهود ص ٣٥٧ س ١٩ قال : والصحيح من المذهب الى قوله : لا يجب عليه القضاء.

(٧) القواعد : ج ٢ ، في النذر ص ١٤٠ س ١٨ قال : ولو نذر صوم هذه السنة لم يجب قضاء العيدين.

ولو عجز عن صومه أصلا ، قيل : يسقط ، وفي رواية يتصدق عنه بمد.
(الثانية) ما لم يعيّن بوقت يلزم الذمة مطلقا ، وما قيّد بوقت يلزمه فيه ، ولو أحل
لزمته كفارة

المحققين ^(١) لأن شرط صحة النذر قبول الزمان للصوم ، وكلما لا يصح صومه شرعا لا
يدخل تحت النذر. وبأصالة البراءة.

احتج الشيخ بالاحتياط. وبرواية علي بن مهزيار قال : كتبت الى أبي الحسن عليه
السلام رجل نذر ان يصوم يوم الجمعة دائما فوافي ذلك اليوم يوم عيد فطر أو أضحى ، هل
عليه صوم ذلك اليوم ، أو قضاءه؟ أم كيف يصنع يا سيدي؟ فكتب اليه قد وضع الله
الصيام في هذه الأيام كلها يصوم يوما بدل يوم ان شاء الله ^(٢).

وحمل على الاستحباب لأنه لو كان واجبا لم يعلّقه على المشية بلفظه (إن) المحتملة ،
لا المحققة ، قيل : بل للتبرك.

وأجيب : بأن الأصل في الإطلاق الحقيقة ، وفيه دخل : لأن المندوب شاءه الله أيضا
، لكونه مطلوباً للشارع ^(٣).

قال طاب ثراه : ولو عجز عن صومه أصلا ، قيل : يسقط ، وفي رواية يتصدق عنه
بمد.

أقول : يريد لو عجز عن يوم نذر صومه هل يسقط لا الى بدل ، أم لا؟ قيل فيه
ثلاثة أقوال :

(١) الإيضاح : ج ٤ كتاب النذر ص ٥٧ س ٢٢ قال : إذا نذر صوم يوم معيّن فاتفق يوم عيد وجب ترك
صومه ثم قال بعد نقل قول العلامة في القواعد : وهذا هو الأقوى عندي.

(٢) التهذيب : ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣٠٥ قطعة من حديث ١٢.

(٣) الإيضاح : ج ٤ ص ٥٨ س ٩ قال : والجواب الحمل على الاستحباب لأنه لو كان واجبا لم يعلّقه بالمشية
إلخ.

وما علقه بشرط ولم يقرنه بزمان فقولان : أحدهما : يتضييق فعله عند الشرط ، والآخر لا يتضييق ، وهو أشبه.

(الثالثة) من نذر الصدقة في مكان معين ، أو الصوم والصلاة في وقت معين لزمه ، فان فعل ذلك في غيره أعاد.

(الرابعة) لو نذر ان برأ من مرضه ، أو قدم مسافرة ، فبان البرء والقُدوم قبل النذر لم يلزم ، ولو كان بعده لزم.

(أ) الصدقة عنه بمدّين قاله الشيخ في النهاية ^(١).

(ب) القضاء خاصة ولا كفارة قاله المفيد ^(٢).

(ج) التفصيل : وهو أنّ العجز ان كان لعذر لا يمكن زواله بمجرى العادة كالكبر والعطاش الذي لا يرجى زواله ، لم يكن عليه شيء ، وان كان لمرض يرجى برؤه ، أفطر وقضى ولا كفارة ^(٣).

والرواية إشارة الى ما رواه محمد بن منصور عن الرضا عليه السلام قال : كان أبي يقول : من عجز عن صوم نذر فمكان كل يوم بمد ^(٤).

قال طاب ثراه : وما علقه بشرط ولم يقرنه بزمان فقولان : أحدهما : يتضييق فعله عند الشرط ، والآخر لا يتضييق ، وهو أشبه.

(١) النهاية : باب الكفارات ص ٥٧١ س ١ قال : ومن كان عليه صيام يوم قد نذر صومه فعجز عن صيامه اطعم مسكيناً مدين من طعام كفارة لذلك اليوم.

(٢) المقنعة : باب النذور والعهود ص ٨٧ س ٢٧ قال : فان عرض له في ذلك اليوم مرض فليفطره ثمّ ليقضه ولا كفارة عليه ان شاء الله.

(٣) السرائر : كتاب الصوم ، باب حكم المسافر والمريض والعاجز عن الصيام ص ٩١ س ٢٣ قال : وكذلك الشاب إذا كان به العطاش الى قوله : فاذا برء وجب عليه القضاء إلخ.

(٤) الكافي : ج ٤ باب كفارة الصوم وفديته ص ١٤٣ الحديث ٢.

(الخامسة) من نذر ان رزق ولدا حج به ، أو حج عنه ثم مات حج به ، أو عنه من أصل التركة.

(السادسة) من جعل دابته أو جاريته هديا لبيت الله ، بيع ذلك وصرف ثمنه في معونة الحاج والزائرين.

(السابعة) روى إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام ^(١) في رجل كانت عليه حجة الإسلام ، فأراد أن يحج ، فقيل له : تزوج ثم حج ، قال : ان تزوجت قبل ان أحج فغلامي حرّ ، فبدأ بالنكاح ، فقال : تحرر الغلام. وفيه إشكال إلا ان يكون نذرا.

أقول : القول بالتضييق لابن حمزة ^(١) والأكثر على خلافه ، وهو المذهب. قال طاب ثراه : روى إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام الى آخره. أقول : هذه الرواية رواها الشيخ في التهذيب عن صفوان بن يحيى عن إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام : قال : قلت له : رجل كانت عليه حجة الإسلام ، فأراد أن يحج فقيل له : تزوج ثم حج فقال : ان تزوجت قبل ان أحج فغلامي حر ، فتزوج قبل ان يحج فقال : أعتق غلامه ، فقلت : لم يرد بعثقه وجه الله ، فقال : انه نذر في طاعة الله ، والحج أحق من التزويج ، وأوجب عليه من التزويج ، قلت : فان الحج تطوع ، قال : وان كان تطوعا ففي طاعة لله عز وجل قد أعتق غلامه ^(٢). وفيها اشكال من موضعين. (أ) انه عتق معلق على شرط ، وهو لا يقع عندنا.

(١) الوسيلة : في بيان النذر ص ٣٥٠ س ٢ قال : وان لم يعين بوقت وحصل الشرط لزمه ما نذر على الفور.

(٢) التهذيب : ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣٠٤ الحديث ٩.

(الثامنة) روى رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام ^(١) في رجل نذر الحج ، ولم يكن له مال ، فحج عن غيره أيجزى عن نذره؟ قال : نعم.
وفيه إشكال إلا ان يقصد ذلك بالنذر.

(ب) انه ان لم يكن عتقا ، بل نذرا كما قيده المصنف بقوله : (الا ان يكون نذرا) فإنه لم تحصل صيغة النذر فيه ، لأنه لا ينعقد ما لم يقل (لله) وان قصده ، لعدم استقلال النية بعقد النذر.

نعم بمشي هذا على قول ابن حمزة حيث قال : إذا قال الإنسان : عليّ كذا ان كان كذا ، ولم يقل (لله) لزمه الوفاء ، ولم تلزمه الكفارة بفواته. ولو قال : عليّ كذا ، فحسب ، ان شاء وفي وان شاء لم يف ^(١).

والأكثر على عدم الوجوب في الصورتين ، بل لا بد من التلفظ بقوله (لله) كما تقدم في أول النذر ، وقوله : (الا ان يكون نذرا) أي الا ان يقصد النذر ، والاولى انه لا ينعقد أيضا ، لأنه لم يأت بصيغة النذر.

قال طاب ثراه : وروى رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام إلى آخره.
أقول : هذه رواها الشيخ (في الصحيح) عن رفاعه عن الصادق عليه السلام قال : سألت عن رجل حج عن غيره ولم يكن له مال وعليه نذر ان يحج ماشيا ، أيجزى عنه عن نذره؟ قال : نعم ^(٢) وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية ^(٣) وحملها العلامة على ما إذا عجز عن نذره واستمر عجزه ^(٤) والمصنف على ما إذا قصد ذلك

(١) الوسيلة : في بيان النذر ص ٣٥٠ س ٤ قال : وان قال : علي كذا ان كان كذا ولم يقل (لله) لزمه الوفاء الى قوله : وان شاء لم يف ، والوفاء أفضل.

(٢) التهذيب : ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣١٥ الحديث ٥.

(٣) النهاية : باب أقسام النذور والعهود ص ٥٦٧ س ١١ قال : ومن نذر ان يحج ولم يكن له مال فحج عن غيره أجزأه عن حج عنه وعما نذر فيه.

(٤) المختلف : ج ٢ ص ١١١ س ٢٣ قال : وقال ابن البراج : ونعم ما قال : الى قوله : كانت حجة

(التاسعة) قيل : من نذر ألا يبيع خادما أبدا لزمه الوفاء ، وإن احتاج إلى ثمنه ، وهو استنادا إلى رواية مرسلة.

(العاشرة) العهد كاليمين يلزم حيث تلزم ، ولو تعلق بما الأعود مخالفته ديناً أو دنيا خالف إن شاء ، ولا اثم ولا كفارة.

في نذره ^(١).

قال طاب ثراه : من نذر أن لا يبيع خادما أبدا لزمه الوفاء ، وإن احتاج إلى ثمنها ، وهو استناد إلى رواية مرسلة.

أقول : قال الشيخ في النهاية : من نذر أن لا يبيع مملوكا له أبدا فلا يجوز بيعه وإن احتاج إلى ثمنه ^(٢) وتبعه القاضي ^(٣) ومنعه ابن إدريس للإجماع على أن الصلاح إذا تعلق بمخالفة النذر ديناً أو دنيا فليفعل ما هو الأصلح ، ولا كفارة عليه ^(٤) ، واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).

احتج الشيخ بما رواه (في الصحيح) عن الحسن بن علي عن أبي الحسن عليه السلام قال : قلت له : إن لي جارية ليس لها مني مكان ولا ناحية ، وهي تحتل

مجزية عن ذلك الغير وعليه الحج إذا تمكن منه إلى قوله : وهو المعتمد عندي.

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) النهاية : باب أقسام النذور والعهود ص ٥٦٧ س ٤ قال : ومن نذر أن لا يبيع مملوكا له أبدا إلخ.

(٣) المهذب : ج ٢ باب النذور والعهود ص ٤١٢ س ١٣ قال : وإذا كان له عبد فنذر أن لا يبيعه أبدا لم يجز له بيعه ، احتج إلى ذلك أو لم يحتج إليه.

(٤) السرائر : باب النذور والعهود ص ٣٥٨ س ١٣ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال : وهذا غير واضح ولا مستقيم على أصول المذهب ، لأنه لا خلاف بين أصحابنا إلخ.

(٥) لاحظ عبارة النافع ، وفي الشرائع : كتاب النذر (مسائل العتق) قال : ومن نذر أن لا يبيع مملوكا لزمه النذر ، وإن اضطر إلى بيعه قيل لم يجز ، والوجه الجواز مع الضرورة.

(٦) المختلف : ج ٢ في النذر وأحكامه ص ١٠٨ س ٥ قال : والمعتمد أن نقول : إن كان الأصلح له بيعها جاز له البيع سواء احتج إلى ثمنها أو لا إلخ.

الثلث ، ألا اني كنت حلفت فيها بيمين ، فقلت : لله عليّ أن لا أبيعها أبدا ، ولي إلى ثمنها حاجة مع تخفيف المؤنة فقال : ف لله بقولك له ^(١).
وأجاب المسوّغون بحملها على عدم التضرر بترك البيع ، ويدل عليه قوله : (مع خفة الحاجة).

قال المصنف : (وهي مرسلّة) وليست مرسلّة ، بل هي متصلّة لكنها ضعيفة الرجال ^(٢) فقد شاركت المرسل في ضعف التمسك ، بل الضعيف ، أو هي من المرسل ، لأنه لا شك في رده ، وقد يتمسك بكثير من المراسيل بل يطلق عليها الصحيح.

(١) التهذيب : ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣١٠ الحديث ٢٦.

(٢) سند الحديث كما في التهذيب : (محمد بن احمد عن محمد بن أحمد الكوكبي عن أبي عبد الله الرازي عن احمد بن محمد بن أبي نصر عن الحسن بن علي عن أبي الحسن عليه السّلام).

كتاب الصيد والذبائح

كتاب الصيد والذبائح

يؤكل من الصيد ما قتله السيف والرمح والسهم والمعراض ^(١) إذا خرق. ولو أصاب السهم معترضا حلّ ان كان فيه حديدة ^(٢) ، ولو خلا منها لم يؤكل إلا ان يكون حادا فيخترق. وكذا ما يقتله الكلب المعلم

كتاب الصيد والذبائح

(مقدمة) فيها ثلاث مباحث :

(الأول) انما ترجم الكتاب بالصيد والذبائح ، لان الوسيلة إلى تذكية الحيوان طريقان الذبح أو النحر ، والعقر المزهق في أي عضو اتفق ، لأن الحيوان اما مقدور عليه أو لا ، والأول يحل بالأول والثاني بالثاني ، والا غلب في الحيوان الوحشي هو القسم الثاني ، ويلحق به الانسي المتردي والمستعصي.

روى جابر عن النبي صلى الله عليه وآله قال : أية إنسية توحشت ، فذكاها ذكاة الوحشية ^(٣).

(١) المعراض كمفتاح ، وهو السهم الذي لا ريش له (مجمع البحرين لغة عرض).

(٢) وكانت الإصابة في الحديدة. ع ل. هكذا في هامش بعض النسخ المخطوطة.

(٣) سنن البيهقي : ج ٩ باب ما جاء في ذكاة ما لا يقدر على ذبحه إلا برمي أو سلاح ص ٢٤٦ س ٢٣

دون غيره من الجوارح. ولا يؤكل ما قتله الفهد وغيره من جوارح البهائم. ولا ما قتله العقاب وغيره من جوارح الطير إلا ان يذكي. وادراك ذكاته بان يجده ورجله تركض ، أو عينه تطرف ، وضابطه حركة الحيوان ويشترط في الكلب ان يكون معلماً يسترسل إذا أغرى وينزجر إذا زجر ، وآلاً يعتاد أكل صيده ، ولا عبء بالندرة. ويعتبر في المرسل ان يكون مسلماً أو بحكمه ، قاصدا بإرساله الصيد ، مسمياً عند الإرسال ، فلو ترك التسمية عامداً لم يؤكل صيده إلا ان يذكيه ، ويعتبر ان لا ينيب عنه ، فلو غاب وحياته مستقرة ثم وجد مقتولاً أو ميتاً لم يؤكل. وكذا السهم ما لم يعلم انه القاتل. ويجوز الاصطياد بالشرك والحبالة^(١) وغيرهما من الإله ، وبالجوارح ، لكن لا يحل منه الا ما ذكّي. والصيد ما كان ممتنعاً ، ولو قتل بالسهم فرخاً ، أو قتل الكلب طفلاً غير ممتنع لم يحل. ولو رمى طائراً فقتله وفرخاً لم يطر حل الطائر دون فرخه.

وقال عليه السلام : حين سئل عن بعير تردى في بئر : لو طعنت في خاصرته لحل لك^(٢).

(الثاني) اسم الاصطياد يقال بالاشتراك اللفظي في عرف الشرع على ثلاثة معان.

(أ) عقر الحيوان الوحشي المحلل عقراً أبطل امتناعه ، بآلة الاصطياد.

(ب) العقر المزهق للوحشي بالأصالة ، المباح بآلة الاصطياد.

ولفظ الحديث (فقال صلى الله عليه وآله : إذا استوحشت الإنسية وتمنعت فإنه يحلها ما يحل الوحشية).

(١) الشرك حبال الصائد ، وكذلك ما ينصب للطير ، واحدته شركة وجمعها شرك ، وشرك الصائد حبالته يرتك فيها الصيد (لسان العرب ج ١٠ لغة شرك).

(٢) سنن البيهقي : ج ٩ باب ما جاء في ذكاة ما لا يقدر على ذبحه إلا برمي أو سلاح ص ٢٤٦ س ٥ ولفظه (وتردى بعير في بئر فلم يستطيعوا ان ينحروه الا من قبل شاكلته) ورواهما في الإيضاح (ج ٤ ص ١١٤ كتاب الصيد والذبائح) كما في المتن.

مسائل : من احكام الصيد.

(الأولى) إذا تقاطعت الكلاب قبل إدراكه حلّ.

(الثانية) لو رماه بسهم فتردى من جبل ، أو وقع في ماء فمات لم يحلّ ، وينبغي هنا اشتراط استقرار الحياة.

(ج) إثبات اليد على الحيوان الوحشي القابل للملك ، وابطال امتناعه.

(الثالث) الأصل في إباحة الصيد ، الكتاب والسنة والإجماع.

اما الكتاب فقوله تعالى ﴿أَحَلَّ لَكُم صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعاً لَّكُمْ وَلِلْغِيَاةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾^(١) فأباح صيد البحر مطلقاً وصيد البر ، الا حالة الإحرام. وقال تعالى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾^(٢) ﴿أَحَلَّتْ لَكُمْ بِهِمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾^(٣).

وبهيمة الأنعام هو الوحشي عن أبي صالح لأنها أجهمت عن الفهم والتمييز ، أو لأنها أجهمت عن الأمر والنهي^(٤).

وسميت أنعاماً لكثرة الانتفاع بها ، فإنه تنتفع بلحومها وألبانها وجلودها وأصوافها وأرواثها للوقود.

والأنعام الثلاثة مختص بالإبل والبقر والغنم.

وقال تعالى ﴿أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتِ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَادْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾^(٥) وقد دلت هذه الآية على أمور.

(أ) اشتراط التعليم بقوله ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ﴾.

(١) سورة المائدة / ٩٦ .

(٢) سورة المائدة / ٢ .

(٣) سورة المائدة / ١ .

(٤) من قوله : (اسم الاصطيداد الى هنا منقول من إيضاح الفوائد مع تغيير يسير في بعض الكلمات).

(٥) سورة المائدة / ٤ .

.....

(ب) ذكر التسمية.

(ج) كون الإله كلبا.

(د) وجوب الاستمرار على التعليم ، فلو خرج عن قانون التعليم لم يحل مقتوله ، دلّ عليه قوله ﴿مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ فلو اعتاد أكل ما يصيده كان إمساكه لنفسه. وشرطنا الاعتقاد لان الندرة لا تقدح. وكذا شرب الدم وان دام.

واما السنة فكثير ، منه ما روي عن النبي صَلَّى الله عليه وآله : من اقتنى كلبا ، إلّا كلب ماشية أو صيد أو زرع ، انتقص من اجره كل يوم قيراط ^(١) فلما حرّم اقتناء الكلب الا ما كان للصيد ، دلّ على جواز الصيد.

وفي الصحيح عن أبي عبيدة الحذاء قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يسرح كلبه المعلم ، ويسمي إذا سرحه ، فقال : يأكل ممّا أمسك عليه ، فاذا أدركه قبل قتله ذكّاه الى قوله : قلت : فالفهد ، قال : والفهد إذا أدركت ذكاته ، فكل والا فلا قلت : أليس الفهد بمنزلة الكلب؟ فقال : ليس شيء مكّلب إلا الكلب ^(٢).

وعن أبي ثعلبة قال : قلت يا رسول الله صَلَّى الله عليه وآله اني أصيد بكلمي المعلم وبكلمي الذي ليس بمعلم ، فقال : ما أخذت بكلك المعلم فاذكر اسم الله عليه وكله ، وما أخذت بكلك الذي ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل ^(٣). فقد استفيد من هذا الخبر أشياء.

(١) سنن ابن ماجه : ج ٢ كتاب الصيد (٢) باب النهى عن اقتناء الكلب الا كلب صيد أو حرث أو ماشية ، الحديث ٣٢٠٤ وفي عوالي اللثالي : ج ٣ باب الصيد والذبائح ص ٤٥٢ الحديث ١.
(٢) الكافي : ج ٦ كتاب الصيد ، باب صيد الكلب والفهد ص ٢٠٣ الحديث ٤ وفي عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٥٢ الحديث ٢.

(٣) سنن ابن ماجه : ج ٢ كتاب الصيد (٣) باب صيد الكلب قطعة من حديث ٣٢٠٧.

(الثالثة) لو قطعه السيف اثنين فلم يتحرّكا ، حلّا ، ولو تحرك أحدهما فهو الحلال ان كانت حياته مستقرة لكن بعد التذكية. ولو لم تكن مستقرة حلّا. وفي رواية يؤكل الأكبر دون الأصغر ، وهي شاذة ، ^(١) ولو أخذت الحباله منه قطعة فهي ميتة.

(أ) كون الكلب معلّما.

(ب) حل مقتوله ، لإطلاق اباحة الأكل منه ، ولم يقيده بالتذكية كما قيدها في غيره.

(ج) اشتراط التسمية فيه.

(د) جواز الاصطياد بغيره واشتراط التذكية فيه.

واما الإجماع : فلا خلاف بين الأمة في جواز الاصطياد ، وان اختلفوا في فروعه.

قال طاب ثراه : وفي رواية يؤكل الأكبر دون الأصغر ، وهي شاذة.

أقول : إذا قطع الصيد باثنين فلم يتحرّكا حلّا ، وان تحركا أو أحدهما ، فإن كان لا مع استقرار الحياة فكالأول لعدم اعتبار مثل هذه الحركة ، إذ هي كحركة المذبوح فوجودها في الصيد كعدمها وان كان مع الاستقرار حلّ مع التذكية المحل القابل للتذكية ، وهو ما فيه الرأس ، وكان الآخر ميتة كما لو أبان يد الصيد ، أو أخذت الحباله أو السيف منه قطعة. هذا هو مقتضى الأصول المقررة والقواعد الممهّدة.

ويؤيده عموم صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام ، قال : سألته عن الصيد يضربه الرجل بالسيف أو يطعنه برمح ، أو يرميه بسهم فيقتله ، وقد سمى حين فعل ذلك ، قال : لا بأس ^(١).

(١) الكافي : ج ٦ باب الصيد بالسلاح ص ٢١٠ الحديث ٦.

وهو عام فيما أبين بعضه أو لا ، وهو اختيار ابن إدريس ^(١) والمصنف ^(٢) والعلامة ^(٣).

وقال الشيخ في النهاية : إذا قده بنصفين ولم يتحرك واحد منهما جاز له أكلهما إذا خرج منهما الدم ، وإن تحرك أحد النصفين ولم يتحرك الآخر ، أكل الذي تحرك ، ورمى بما لا يتحرك ^(٤).

فقد خالف ما قلناه بشيئين.

(أ) اشتراط خروج الدم.

(ب) أكل المتحرك مطلقا ، ولم يشترط استقرار الحياة وعدمها.

وقال القاضي : الحلال أن يتحرك كل واحد منهما ، ويخرج منه الدم ، وإن تحرك أحدهما وخرج منه الدم دون الآخر ، فالمتحرك هو الحلال دون الذي لم يتحرك لم يخرج منه دم ^(٥).

فقد اشترط كلا الأمرين من الحركة وخروج الدم.

وقال ابن حمزة : إذا كانا سواء وخرج الدم حلا ، وإن لم يخرج حرم ، وإن كان أحد الشقين أكبر ومعه الرأس حلّ ذلك الشق ، وإن تحرك أحدهما حلّ المتحرك ،

(١) السرائر : كتاب الصيد والذبائح ص ٣٦٣ س ١٧ فإنه بعد نقل قول الشيخ قال : والذي ينبغي تحصيله في ذلك : أن الجميع يحل ، سواء كان الذي مع الرأس أكثر أو أقل إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٠ س ٣٦ قال : والمعتمد أن نقول : أن مات الصيد بهذا الفعل حل أكله سواء خرج الدم أو لا ، وسواء كان الأكثر مع الرأس أم لا وسواء تحرك أو لا.

(٤) النهاية : كتاب الصيد والذبائح ص ٥٨١ س ١٥ قال : فإن قده بنصفين ولم يتحرك واحد منهما إلخ.

(٥) المهذب : ج ٢ باب الصيد والذبائح ص ٤٣٦ س ١٢ قال : وكذلك (أي حلال) إن ضربه أو طعنه فقطعه بنصفين وتحرك كل واحد منهما وخرج منه دم إلخ.

.....

وان أبان بعضه حرم ذلك البعض^(١).

وظاهر هذا القول يعطي اشتراط خروج الدم في حلّهما مع التساوي دون الحركة ، ومع تفاوتهما حل الأكبر إذا كان فيه الرأس ، وتحريمه مع العكس ، وحل المتحرك خاصة. وفيه خلل من ثلاثة أوجه.

(أ) لا نسلم اشتراط خروج الدم ، لأنه مقتول بالسهم فكان حالاً كما لو لم يبين منه بعضه عملاً بعموم الرواية المتقدمة.

(ب) قوله : (وان كان أحدهما أكبر حلّ إذا كان معه الرأس) ينبغي ان تقيّد بكونه مستقر الحياة ، ليكون المقطوع منه ميتة ، وحينئذ ينبغي تقييد ما حكم بحله بتذكّيته ، لا مطلقاً.

(ج) حكمه بحل المتحرك خاصة ، وينبغي تقييده بكونه مستقرة الحياة ، قابلاً للتذكّية ، فيحل معها ويحرم الآخر ، فان لم يكن قابلاً للتذكّية كما لو كان الطرف الذي فيه الرجلان حالاً معاً ، لأنه لا عبرة بهذه الحركة.

وقال في الخلاف : إذا قطع الصيد نصفين حلّ أكل الكل بلا خلاف ، وان كان الذي مع الرأس أكبر حل الذي مع الرأس دون الباقي للاحتياط. قال : فإنّ أكل الذي مع الرأس مجمع على إباحته ، وما قالوه ليس عليه دليل^(٢).

وفي المبسوط : إذا قطعه نصفين حلّ أكل الكل بلا خلاف ، وان كان الذي مع الرأس أكبر حل أكل الكل عند قوم ، وقال قوم : حلّ ما مع الرأس دون ما عداه ،

(١) الوسيلة : فصل في بيان أحكام الصيد ص ٣٥٧ س ١٣ قال : فان قطعه نصفين وكانا سواء وخرج منهما الدم ، حلّ.

(٢) كتاب الخلاف : كتاب الصيد والذبائح ، مسألة ١٧ قال : إذا قطع الصيد بنصفين الى قوله : دليلنا الاحتياط ، فإنّ أكل ما مع الرأس مجمع على إباحته ، وما قالوه ليس عليه دليل إلخ.

(الرابعة) إذا أدرك الصيد وفيه حياة مستقرة ، ولا آلة ليزكيه ، لم يحل حتى يذكي .
وفي رواية جميل : يدع الكلب حتى يقتله .
(الخامسة) لو أرسل كلبه ، فأرسل كافر كلبه ، فقتلا صيدا ، أو مسلم لم يسم ، أو لم يقصد الصيد ، لم يحل .
(السادسة) لو رمى صيدا فأصاب غيره حل ، ولو رمى لا للصيد ، فقتل صيدا ، لم يحل .

وهو مذهبننا ^(١) .

وظاهر هذا القول يعطي كون المراد بالنصفين في الأول تساويهما ، كما قاله ابن حمزة ، وقوله : (حل ما فيه الرأس) قد بينا ضعفه ، بل الاولى حل الجميع عملا بالعموم .
فالحاصل ان في المسألة أربعة أقوال .
(الأول) حلها بشرطين : خروج الدم وحركتهما . ومع انفراد أحدهما بالحركة يؤكل المتحرك ، وهو قول الشيخ في النهاية .
(الثاني) حلها مع تساويهما ، ومع تفاوتهما يؤكل ما فيه الرأس إذا كان أكبر ، ولم يشترط الحركة ولا خروج الدم ، وهو قوله في الكتابين .
(الثالث) اشتراط الحركة وخروج الدم في كل واحد من النصفين ، ومتى انفرد أحدهما بالشرطين ، أكل وترك ما لا يجمعهما ، وهو قول القاضي .
(الرابع) حلها مع خروج الدم في الجملة مع تساويهما ، ومع تفاوتهما يؤكل ما فيه الرأس مع حركتهما معا ومع انفراد أحدهما بها يؤكل المتحرك ، وهو قول ابن حمزة .
قال طاب ثراه : وفي رواية جميل يدع الكلب حتى يقتله .

(١) المبسوط : ج ٦ كتاب الصيد والذبائح ص ٢٦١ س ١٦ قال : ان قطعه بنصفين حلّ أكل الكل بلا خلاف الى قوله : وهو مذهبننا .

أقول : إذا أدرك الصيد وحياته مستقرة ، لم يحل إلا بالتذكية ، وإن لم يكن معه ما يذكيه لم تحل ، قاله ابن إدريس ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة في أحد قوليهِ ^(٣) وقال الشيخ في النهاية : فليترك الكلب حتى يقتله ثم ليأكل ان شاء ^(٤) وبه قال الصدوق ^(٥) وأبو علي ^(٦) واختاره العلامة في المختلف ^(٧).

احتج الأولون : بأنه مستقر الحياة غير ممتنع ، فلا يحل بدون التذكية كالشاة إذا لم يكن مع الإنسان ما يذكيها ، فإنها لا تحل بقتل الكلب المعلن إجماعاً ، وللاحتياط. احتج الشيخ بعموم قوله تعالى ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ ^(٨) وهو عام يشمل صورة النزاع.

وما رواه جميل بن دراج (في الصحيح) عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الرجل يرسل الكلب على الصيد فيأخذه ولا يكون معه سكين فيذكيه بها ، أفيدعه حتى يقتله ويأكل منه؟ قال : لا بأس ، قال الله عز وجل ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ ولا ينبغي أن يأكل ما قتله الفهد ^(٩).

(١) السرائر : كتاب الصيد والذبائح ص ٣٦٥ س ٥ قال : والأولى عندي انه يجب عليه ان يذكيه فان لم يكن معه ما يذكيه فلا يحل له أكله إذا قتله الكلب.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) التحرير : ج ٢ كتاب الصيد والذبائح ص ١٥٦ س ٨ قال : (ح) إذا أرسل الكلب أو الآلة فجرحه وأدركه المرسل حيا الى قوله : والوجه عندي انه لا يحل.

(٤) النهاية : باب الصيد وأحكامه ص ٥٨١ س ١ قال : فان لم يكن معه ما يذكيه فليتركه حتى يقتله ثم ليأكل ان شاء.

(٥) المقنع : باب الصيد والذبائح ص ١٣٨ س ١٧ قال : وإذا لم يكن معك حديدة تذبحه بها فدع الكلب يقتله ثم كل منه.

(٦) المختلف : ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٢ س ١٣ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال : ونحوه قال ابن الجنيد الى قوله : والوجه ما قاله الشيخ.

(٧) المختلف : ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٢ س ١٣ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال : ونحوه قال ابن الجنيد الى قوله : والوجه ما قاله الشيخ.

(٨) سورة المائدة / ٤.

(٩) الكافي : ج ٦ باب صيد الكلب والفهد ص ٢٠٤ الحديث ٨.

(السابعة) إذا كان الطير مالكا جناحه فهو لصائده ألا ان يعرف مالكة فيرده اليه. ولو كان مقوصا لم يؤخذ لأن له مالكا. ويكره ان يرمى الصيد بما هو أكبر منه ، ولو اتفق قيل : يحرم ، والأشبه الكراهية. وكذا يكره أخذ الفراخ من أعشاشها. والصيد بكلب علمه محوسي. وصيد السمك يوم الجمعة قبل الصلاة وصيد الوحش ، والطير بالليل. والذبائح تستدعي بيان فصول.

وبأنه إذا جاز الذبح بغير الحديد مع العجز عن الإله وخوف الفوت ، فليجز بالكلب ، لعدم المخصص. وأجيب بمنع دلالة الآية على العموم ، والا لجاز مع وجود آلة الذبح. والرواية لا تقتضي الدلالة ، لأن قوله : (فيأخذه) لا يدل على انه أبطل امتناعه ، بل جاز ان يبقى امتناعه ، والكلب ممسك له ، فاذا قتله حينئذ يكون قد قتل صيدا ممتنعا ، فيحل بالقتل ، والفرق النهي عن التذكية بالسن ، والمخصص الإجماع. قال طاب ثراه : ويكره ان يرمى الصيد بما هو أكبر منه ، ولو اتفق قيل : يحرم ، والأشبه الكراهية.

أقول : ذهب الشيخ في النهاية : إلى تحريم رمي الصيد بما هو أكبر منه ، وتحريم الصيد لو اتفق ^(١) واختار المصنف الكراهية فيهما ^(٢) وهو مذهب العلامة ^(٣).

(١) النهاية : باب الصيد وأحكامه ص ٥٨٠ س ٣ قال : ولا يجوز ان يرمى الصيد بما هو أكبر منه الى قوله : لم يجز اكله.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) التحرير : ج ٢ كتاب الصيد والذبائح ص ١٥٤ س ٢٣ قال : (ج) كلما مات بالمتقلات حرام الى ان قال : وهل يحرم أن يرمى الصيد بما هو أكبر منه؟ قال الشيخ رحمه الله : نعم ، وقيل : مكروه.

(الأول) الذابح : ويشترط فيه الإسلام أو حكمه ولو كان أنثى. وفي الكتابي روايتان ، أشهرهما المنع. وفي رواية ثالثة : إذا سمعت تسميته فكل ، والأفضل ان يليه المؤمن ، نعم لا تحل ذبيحة المعادي لأهل البيت عليهم السلام.

ذكر الذبائح

قال طاب ثراه : الذابح : ويشترط فيه الإسلام أو حكمه ، ولو كان أنثى. وفي الكتابي روايتان : أشهرهما المنع. وفي رواية ثالثة : إذا سمعت تسميته فكل. أقول : البحث هنا يقع في مقامين.

(الأول) اشتراط الإسلام في الذابح ، وفيه ثلاثة أقوال :

(أ) تحريم ذبائح غير المسلمين ، أهل حرب كانوا أو أهل ذمة قاله الثلاثة ^(١) ^(٢) ^(٣) والقاضي ^(٤) وسالار ^(٥) والتقي ^(٦) وابن حمزة ^(٧) وابن

(١) الانتصار : مسائل الصيد ص ١٨٨ س ١٩ قال : (مسألة) ومما انفردت به الإمامية أنّ ذبائح أهل الكتاب محرمة لا يحلّ أكلها إلخ.

(٢) النهاية : باب الذبح وكيفية وجوب التسمية ص ٥٨٢ س ١١ قال : الذبائح لا يجوز أن يتولاها غير المسلمين ، فمضى تولّاها كافر من أي أجناس الكفار كان يهوديا أو نصرانيا الى قوله : سمى على ذبيحته أو لم يسم ، فلا يجوز أكل ذبيحته.

(٣) المقنعة : باب الذبائح والأطعمة ص ٨٩ س ٢٢ قال : وأصناف الكفار من المشركين واليهود والنصارى الى قوله : فذبائحهم محرمة بمفهوم التنزيل إلخ.

(٤) المهذب : ج ٢ باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٨ س ٤ قال : وأما المحرم الى قوله : وكل ما ذكاه كافر.

(٥) المراسم : ذكر الذبائح ص ٢٠٩ س ٦ قال : وان يكون المتولي لذلك مسلما.

(٦) الكافي : في بيان ما يحرم اكله ص ٢٧٧ س ١٣ قال : أو بفعل كافر كاليهودي والنصراني.

(٧) الوسيلة : فصل في بيان أحكام الذبائح ص ٣٦١ س ١٥ قال : وذبيحة الكافر والناسب حرام.

إدريس^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣).

(ب) إباحة ذبائح أهل الكتاب قاله الحسن^(٤) وهو ظاهر أبي علي^(٥).

(ج) إباحة ذبائحهم مع سماع التسمية منهم قاله الصدوق في المقنع^(٦).

احتج الأولون بقوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾^(٧) والكافر لا يعرف الله فلا يذكره على ذبيحته ، ولا يرى التسمية على الذبيحة فرضا ولا سنة. وموثقة سماعة عن الكاظم عليه السلام قال : سألته عن ذبيحة اليهودي والنصراني؟ قال : لا تقر بها^(٨).

وعن قتيبة قال : سألت رجلا أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده فقال : الغنم نرسل فيها اليهودي والنصراني فيعرض فيها العارضة فيذبح ، أناكل ذبيحته؟ فقال

(١) السرائر : باب الذبائح وكيفيته ص ٣٦٨ س ٢ قال : الذبائح لا يجوز أن يتولاها غير معتقدي الحق إلى قوله : فلا يجوز أكل ذبيحته.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : ج ٢ ، في الذبح وكيفيته ص ١٢٧ س ٢٧ قال : والأصل ان لا يؤكل ذبائحهم كيف كانت إلخ.

(٤) المختلف : ج ٢ ، في الذبح وكيفيته ، ص ١٢٧ س ٢٩ قال : وقال ابن عقيل : ولا بأس بصيد اليهود والنصارى وذبائحهم إلخ.

(٥) المختلف : ج ٢ في الذبح وكيفيته ، ص ١٢٧ س ٣٠ قال : وقال ابن الجنيدي : ولو تجنب من أكل ما صنعه أهل الكتاب من ذبائحهم إلى قوله : كان أحوط.

(٦) المقنع : باب الصيد والذبائح ص ١٤٠ س ١ قال : ولا تأكل ذبيحة اليهودي والنصراني أو الجوسي إلا إذا سمعتمهم يذكرون اسم الله عليها إلخ.

(٧) سورة الانعام / ١٢١.

(٨) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٦٣ الحديث ١.

أبو عبد الله عليه السلام : لا تدخل ثمنها مالك ولا تأكلها ، فإنما هو الاسم ولا يؤمن عليها إلا مسلم ، فقال له الرجل ﴿أَجَلٌ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾^(١) فقال : كان أبي يقول : إنما هي الحبوب وأشباهاها^(٢).

وفي هذا المعنى من الصحاح والمؤثقات كثير^(٣) ولأنه نوع استئمان وليس الكافر أهلاً للأمانة ، ولأن لها شرائط فلا يوثق بقوله في حصولها.

احتج المسوغون مطلقاً بقوله تعالى ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾^(٤).
وبصحيحة محمد الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن ذبيحة أهل الكتاب ونسائهم ، فقال : لا بأس به^(٥).

ومثلها رواية عبد الملك بن عمرو عنه عليه السلام^(٦).
وبأصالة الإباحة.

احتج الصدوق بصحيحة حمران قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : في ذبيحة الناصب واليهودي والنصراني لا تأكل ذبيحته حتى تسمعه يذكر الله ، قلت : المجوسي ، فقال : نعم إذا سمعته يذكر اسم الله ، أما سمعت قول الله عز وجل

(١) سورة المائدة / ٥.

(٢) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٦٤ الحديث ٥.

(٣) لاحظ التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ، بقية أحاديث الباب.

(٤) سورة المائدة / ٥.

(٥) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٦٨ الحديث ٢٥.

(٦) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٦٨ قطعة من حديث

وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكِّرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴿١﴾ (٢) وفي معناها غيرها من الصحاح (٣).

والجواب : حمل الطعام على الحبوب للحديث (٤) ولأنه المتعارف ، وجاز حمله على ما ذكاه المسلم وهو ملك اليهودي ، فيصدق عليه انه طعامه ، لأن (طعام) ليس للعموم ، فيصدق على فرد من افراد الطعام ، فيحمل على ما ذكرناه ، لان الحكم معلق على الطعام ، وليس الذبح جزءا من مسماه ، والأحاديث معارضة بأمثالها ومحمولة على الضرورة. ولرواية زكريا بن آدم قال : قال أبو الحسن عليه السلام : اني أنهاك عن ذبيحة كل من كان على خلاف الذي أنت عليه وأصحابك إلا في وقت الضرورة (٥) اليه.

أو على التقية. والأصل معارض بالاحتياط.

(الثاني) في اشتراط الايمان : وفيه قولان.

(أ) اعتباره ، وهو مذهب القاضي (٦) والتقي (٧) وابن حمزة (٨) وابن إدريس (٩) ويجزي عنده المستضعف ، وعنى به الذي ليس منا ولا من مخالفينا.

(١) سورة الانعام / ١٢١.

(٢) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٦٨ الحديث ٢٢.

(٣) لاحظ التهذيب باب الذبائح والأطعمة.

(٤) تقدم آنفا.

(٥) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٧٠ الحديث ٣٣.

(٦) المهذب : ج ٢ باب ما يحل من الذبائح وما يحرم منها ص ٤٣٩ س ٥ قال : لا يجوز ان يتولى الذي إلى قوله : من أهل الحق.

(٧) الكافي : في بيان ما يحرم أكله ص ٢٧٧ س ١٣ قال : أو جاحد النص.

(٨) الوسيلة : فصل في بيان أحكام الذبائح ص ٣٦١ س ١١ قال : والذابح يجب أن يكون مؤمنا.

(٩) السرائر : باب الذبائح وكيفيته ص ٢٦٨ س ٢ قال : لا يجوز ان يتولاها غير معتقدي الحق إلى قوله : ولا بأس بأكل ذبيحة المستضعف إلخ.

(الثاني) الإله : ولا تصح الآ بالحديد مع القدرة ، ويجوز بغيره مما يفري الأوداج عند الضرورة ، ولو مروءة أو ليطة أو زحاجة ، وفي الظفر والسن مع الضرورة تردد.

(ب) الاكتفاء بالإسلام : وهو مذهب الشيخ ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣).
 واجمع الكل على تحريم ذبيحة الناصب.
 احتج الأولون برواية زكريا بن آدم ^(٤) وقد تقدم. ويحمل على الاستحباب.
 احتج الآخرون بالروايات المتقدمة. وبأصالة الحل ، وبعموم قوله تعالى : ﴿فَكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ ^(٥).

قال طاب ثراه : وفي الظفر والسن مع الضرورة تردد.
 أقول : يتعين التذكية بالحديد مع القدرة ، ولا يجوز بغيره سواء كان من المعادن كالصفر والذهب أو لا كالعود والقصب.
 ويجوز مع الضرورة. أما باضطراره إلى الأكل ، أو الخوف من فوت الذبيحة بكل ما يفري الأوداج كالمروءة ^(٦) والزجاج وما أشبهه.

- (١) النهاية : باب الذبح وكيفيته ووجوب التسمية ص ٥٨٢ س ١٤ قال : فان تولاهما غير أهل الحق إلى قوله : لم يكن بأس بأكل ذبيحته.
 (٢) لاحظ عبارة النافع. وفي الشرائع : كتاب الذبائح ، أما الذابح قال : ولا يشترط الإيمان.
 (٣) المختلف : ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٨ س ١٨ قال : والمعتمد جواز أكل ذبيحتهم إذا اعتقدوا وجوب التسمية.
 (٤) تقدم آنفا.
 (٥) سورة الأنعام / ١١٨.
 (٦) المروءة حجارة بيضاء براققة يقدح منها النار الواحد منها مروءة (مجمع البحرين لغة مرا).

.....

وهل يجوز بالسّن والظفر؟ فيه مذهبان.
 المنع : ذكره الشيخ في الكتابين ^(١) ^(٢) واختاره الشهيد ^(٣).
 والأخر الجواز : ذهب إليه في التهذيب ^(٤) واختاره ابن إدريس ^(٥) والعلامة في
 المختلف ^(٦) وتردد المصنف ^(٧).
 احتج الأولون بحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن ذبيحة العود
 والحجر والقصبه ، فقال : قال عليّ عليه السلام : لا يصلح الا الحديد ^(٨).
 وبحسنة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن الذبيحة بالليطة فقال
 : لا ذكاة إلا بحديدة ^(٩).
 والنهي عام فيشمل صورة النزاع.

-
- (١) المبسوط : فصل فيما يجوز الذكاة به وما لا يجوز ج ٦ ص ٢٦٣ س ٤ قال : إلا ما كان من سن أو ظفر ،
 فإنه لا يحل الذكاة بواحد منهما.
- (٢) كتاب الخلاف : كتاب الصيد والذبائح ، مسألة ٢٢ قال : لا تحل التذكية بالسن والظفر إلخ.
- (٣) المسالك : ج ١ في إله الذابح ص ٢٢٦ س ١٩ قال : والشهيد في الشرح استقرب المنع من التذكية بالسن
 والظفر مطلقا إلخ.
- (٤) التهذيب : ج ٩ باب الصيد والذكاة ص ٥١ قال بعد نقل حديث ١٢ : وأما حال الضرورة فقد روى جواز
 ذلك فيها ، ثمّ أورد حديث المروي عن زيد الشحام وفيه : (اذبح بالحجر والعظم والقصبه والعود) إلخ.
- (٥) السرائر : كتاب الصيد والذبائح ص ٣٦٣ س ٢٣ قال : يجوز الذبابة في حال الاضطراب عند تعذر الحديد
 بكل شيء يفري الأوداج سواء كان ذلك عظما أو حجرا وعودا أو غير ذلك إلخ.
- (٦) المختلف : ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢١ س ٦ فإنه بعد نقل قول ابن إدريس بالتفصيل قال : وإنما
 أطلق (أي الشيخ) في الكتابين المنع بناء على الغالب وهو الاختيار إلخ.
- (٧) لاحظ عبارة النافع.
- (٨) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥١ الحديث ٢١٢.
- (٩) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥١ الحديث ٢١١.

وهو ممنوع لجواز حمله على حالة الاختيار ، إذ هي الغالب.

احتج الآخرون بصحيفة زيد الشحام عن الصادق عليه السلام قال : سألت عن رجل لم يكن بحضرته سكن ، أيدبح بقصبة؟ فقال : اذبح بالحجر والعظم والقصبة والعود إذا لم تصب الحديد ، إذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس^(١).

وبحسنه عبد الرحمن بن الحجاج قال : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن المروءة والقصبة والعود يذبح بهن إذا لم يجدوا سكيناً قال : إذا فرى الأوداج فلا بأس بذلك^(٢).

وروى محمد بن مسلم قال : قال أبو جعفر عليه السلام : الذبيحة بغير حديدة إذا اضطرت إليها ، فإن لم تجد حديدة فاذبحها بحجر^(٣).

فاعتبر قطع الحلقوم وفري الأوداج ، ولم يعين خصوصية القاطع ، وهذا المعنى موجود في السنن والظفر. فهذه روايات الأصحاب وهي خالية من ذكر السن والظفر تخصيصاً ، وإطباق الأصحاب في كتبهم على اعتبار الحديد مع القدرة واجزاء السن والظفر مع الضرورة ، ويترددون فيهما مع عدم النص عليهما في رواياتهم.

نعم ورد النهي عنهما عينا في روايات العامة.

روى رافع بن خديج (بالخاء المعجمة والبدال المهملة والجيم بعد الياء المثناة من تحت) قال : يا رسول الله صلى الله عليه وآله أنا لنرجوا أن نلقى العدو غدا ، وليس معنا مدي ، أو نذبح بالقصب؟ فقال صلى الله عليه وآله وسلم ما انهمر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا إلا ما كان من سن أو ظفر ، وسأحدثكم عن ذلك ، أما السن

(١) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٥١ الحديث ٢١٣.

(٢) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٥٢ الحديث ٢١٤.

(٣) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٥٢ الحديث ٢١٥.

فِعْظَم من الإنسان ، واما الظفر فمدي الحبشة ^(١).
 فاستثنى السن والظفر من المأكول ، فلا يكون مأكولا ، والسؤال وقع عن حال
 الاضطراب ، ولم يفرّق الأصحاب بين المتصل والمنفصل ، وفرق بينهما أبو حنيفة فأجاز مع
 الانفصال ومنع مع الاتصال ^(٢) لكون ذلك أشبه بالأكل والتقطيع والمقتضي للتذكية هو
 الذبح ، ووافقنا الشافعي في عدم الفرق ^(٣) وقال الشهيد : وجوازه بالعظم لا يلزم منه الجواز
 بالظفر ^(٤) ولعله نظر الى تعليل الخبر بكون السن من الإنسان والظفر مدي الحبشة ،
 ولعلهما علة النهي. ولما كانت روايات الأصحاب خالية من ذلك ، وفتاويهم لا تختلف في
 جواز الذبح بما عدى الحديد من الحجر والعود مع الضرورة . أنكر ابن إدريس منع الجواز
 بالسن والظفر مع الضرورة وعبارته :

(١) رواه أكثر أصحاب الصحاح والسنن في كتبهم في فصول عديدة وأبواب متفرقة.

وإليك شطر منهم : لاحظ البخاري ، كتاب الذبائح والصيد والتسمية على الصيد ، باب ما ندّ؟؟؟ من
 البهائم فهو بمنزلة الوحش. وأيضا باب إذا أصاب قوم غنيمة فذبح بعضهم غنما أو إبلا بغير أمر أصحابهم لم
 تؤكل. وسنن ابن ماجه ج ٢ كتاب الذبائح (٥) باب ما يذكي به ص ١٠٦١ الحديث ٣١٧٨. وسنن أبي داود
 ج ٣ كتاب الأضاحي ، باب في الذبيحة بالمرؤة ، قطعة من حديث (٢٨٢١). ومسند أحمد بن حنبل ج ٣ ص
 ٤٦٣ حديث رافع بن خديج رضي الله تعالى عنه. وأيضا في ج ٤ ص ١٤٠ حديث رافع بن خديج س ١٩ وس
 ٣٠ وص ١٤٢ س ٢٢ الى غير ذلك الذي يعثر عليه المتتبع.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الأندلسي : ج ١ ، الباب الثالث فيما تكون به الزكاة ، ص ٤٦٢
 س ١٩ قال : رأى بعضهم ان يكونا منفصلين ، إذ كان انهار الدم منهما إذا كانا بهذه الصفة أمكن ، وهو
 مذهب أبي حنيفة إلخ.

(٣) المجموع : النووي ج ٩ باب الصيد والذبائح ص ٨١ س ١٥ قال : واما الظفر والسن وسائر العظام فلا تحل
 بها الزكاة ولا الصيد بلا خلاف سواء كان الظفر والسن من آدمي أو غيره ، وسواء كان المتصل والمنفصل الى قوله
 : وقال الشافعي : أكره بالعظم الزكاة إلخ.

(٤) المسالك : في آلة الذابح ص ٢٢٦ س ١٩ قال : والشهيد في الشرح استقرب المنع من التذكية بالسن والظفر
 وجوزها بالعظم غيرهما إلخ.

(الثالث) الكيفية : وهي قطع الأعضاء الأربعة : المري ، والودجان ، والحلقوم. وفي الرواية : إذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس^(١). ويكفي في النحر الطعن في الثغرة. ويشترط استقبال القبلة بالذبيحة مع الإمكان والتسمية ، فلو أحل بأحدهما عمدا لم يحل. ولو كان نسيانا حل. ويشترط نحر الإبل وذبح ما عداها ، فلو نحر المذبوح ، أو ذبح المنحور لم يحل.

والذي ينبغي تحصيله جواز ذلك في حال الاضطرار وعند تعذر الحديد بكل شيء يفري الأوداج سواء كان ذلك عظما أو حجرا وعودا أو غير ذلك ، وانما بعض المخالفين يذهب إلى انه لا يجوز الذبح بالسن والظفر في حال الاضطرار والاختيار ، واستدل بخبر رواه المخالف من طرقهم ، وما رواه أحد من أصحابنا ، فليلاحظ ذلك ولا تظن أنه قولنا^(٢).

قوله : (واستدل بخبر رواه المخالف ، إشارة إلى استدلال الشيخ في الخلاف على عدم الجواز بهما ردا على أبي حنيفة^(٣) والخبر إشارة الى ما رواه رافع بن خديج وقد ذكرناه. قال طاب ثراه : وفي الرواية إذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس.

أقول : لا بد في إباحة المذبوح من قطع الأعضاء الأربعة ، أعني المري ، وهو مجرى الطعام ، والحلقوم ، وهو مجرى النفس ، والودجين ، وهما عرقان محيطان بالحلقوم ، فلا يجزي قطع بعضها مع الإمكان ، فلو اقتصر منها على ثلاث لم يحل مع القدرة ،

(١) السرائر : كتاب الصيد والذبائح ص ٣٦٢ س ٢٢ قال : والذي ينبغي تحصيله الى قوله : فليلاحظ ذلك ولا يظن انه قولنا.

(٢) كتاب الخلاف : كتاب الصيد والذبائح ، مسألة ٢٢ قال : وقال : أبو حنيفة : ان كان الظفر والسن متصلين كما قلناه وان كانا منفصلين حل أكله إلخ.

ولا يحل حتى يتحرك بعد التذكية حركة الحي ، ^(١) وأدناه أن يتحرك

احترازاً عن المتردي.

أمّا لو قطع بعض الحلقوم ، أو بعض الودج ولم يبنه ، فالظاهر عدم الاجزاء ، ويحتمله حصول القطع في الجملة وإزهاق الحيوان بذلك.

هذا في المذبوح

أما المنحور فيكفي طعنه في ثغرة النحر وهي وهدة اللبة والثغرة بالشاء المثناة المضمومة ، والغين المعجمة الساكنة ، والراء المهملة نقرة النحر التي بين الترقوتين واللبة : المنحر والجمع اللباب ، وكذلك اللب ، وهو موضع القلادة من الصدر من كل شيء.

والوهدة : المكان المطمئن ، أي المنخفض ، والجمع وهاد.

هذا هو المشهور في عبارات الأصحاب.

قال المصنف : وفي الرواية : إذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس.

إشارة إلى صحيحة زيد الشحام وقد تقدمت ^(١).

وفي حسنة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : إذا فرى الأوداج

فلا بأس ^(٢).

ولم يشترط البواقي ، والاخبار خالية من ذكر الأربعة ، بل هو شيء ذكره الشيخ في

كتابي الفروع ^(٣) ^(٤) وانهقد عليه الإجماع.

قال طاب ثراه : ولا يحل حتى يتحرك بعد التذكية حركة الحي ، وأدناه أن

(١) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٥١ الحديث ٢١٣.

(٢) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٥٢ الحديث ٢١٤.

(٣) كتاب الخلاف : كتاب الضحايا مسألة ٧ قال : الذكاة لا تقع مجزية إلا بقطع أشياء أربعة إلخ.

(٤) المبسوط : ج ١ كتاب الضحايا والعقيقة ص ٣٨٩ س ١٨ قال : وعندنا ان قطع الأربعة من شرط الاجزاء

إلخ.

الذنب ، أو تطرف العين ، ويخرج الدم المعتدل . وقيل : يكفي الحركة ،

يتحرك الذنب ، أو تطرف العين ويخرج الدم المعتدل . وقيل : يكفي الحركة ، وقيل : يكفي أحدهما ، وهو أشبه .

أقول : للأصحاب هنا ثلاثة أقوال .

(الأول) اعتبارهما وهو قول المفيد ^(١) وتلميذه ^(٢) والقاضي ^(٣) وظاهر أبي علي ^(٤) حيث قال : ولو لحق البهيمة ما بمثله تموت لو تركت فلحق ذكاتها وخرج الدم مستويا وتحركت ، أو بعض أعضائها بعد خروج الدم ، حل أكلها ، وكذلك لو عضّها السبع .
(الثاني) الاكتفاء بأحدهما : اعني خروج الدم ونعني به ذا الدفع القوي ، لا ما يكون متشاقلا ، أو الحركة القوية ، ويكفي فيها ان تطرف عينيها ، أو تركض رجلها ، أو يتحرك ذنبها ، أو شيء من أعضائها ، لا الاختلاج والتقلص الذي يحصل في اللحم ، فإنه قد يتفق في اللحم المسلوخ ، فمتى حصل أحدهما كفى في حل الذبيحة ، ومع فقدهما تحرم ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ^(٥) وبه قال ابن

(١) المغنعة : باب الذبائح والأطعمة ص ٨٩ س ٢٥ قال : وإذا ذبح الحيوان فتحرك عند الذبح وخرج منه الدم فهو ذكي .

(٢) المراسم : ذكر الذابح ص ٢٠٩ س ٧ قال : فان تحرك وخرج منه الدم يؤكل لحمه .

(٣) المهذب : ج ٢ باب الصيد والذبائح ص ٤٣٦ س ٣ قال : فاما الحلال الى قوله : وكذلك ان ضربه أو طعنة فقطعه بنصفين وتحرك كل واحد منهما وخرج منه دم إلخ وقال في ص ٤٣٧ س ١٦ في ذكر المحرمات : وكل صيد ضرب بسيف فانقطع بنصفين ولم يتحرك واحد منهما ولا خرج الدم .

(٤) المختلف : ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٩ س ١٩ قال : وقال ابن الجنيد : ولو لحق البهيمة ما بمثله تموت إلخ .

(٥) النهاية : باب الذبح وكيفيته ووجوب التسمية ، ص ٥٨٤ س ١٧ قال : وإذا ذبحت الذبيحة فلم يخرج الدم ، أو لم يتحرك شيء من أعضائها لم يجز أكله فإن خرج الدم أو تحرك شيء من أعضائها يدها ورجلها أو غير ذلك جاز أكلها لا يخفى ان في عبارة النهاية المطبوعة سقط وأصلحناها من الجوامع الفقهية

إدريس^(١) وهو ظاهر التقي^(٢) واختاره المصنف^(٣) والعلامة في القواعد^(٤).
 (الثالث) اعتبارهما معا ، أو الحركة وحدها ، لا الدم وحده ، وهو قول الصدوق^(٥)
 والعلامة في المختلف^(٦).
 احتج الأولون : بالاحتياط. وبأن الأصل تحريم الحيوان حتى تعلم ذكاته ، ومع اعتبار
 الأمرين يحصل اليقين بحله ، لوقوع الإجماع عليه.
 احتج الشيخ برواية الحسن بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال : ان كان الرجل
 الذي ذبح البقرة حين ذبح خرج الدم معتدلا فكلوا وأطعموا ، وان كان خرج خروجاً متثاقلاً
 فلا تقربوه^(٧).
 وبصحيحة محمد الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الذبيحة؟ فقال :
 إذا تحرك الذنب أو الطرف أو الاذن فهو ذكي^(٨).

-
- (١) السرائر : باب الذبائح وكيفية ص ٣٦٩ س ٥ قال : وإذا ذبحت الذبيحة إلى قوله : فالمعتبر على الصحيح
 من المذهب أحد الشيتين.
 (٢) الكافي : فصل في بيان ما يحرم اكله ص ٢٧٧ س ٩ قال : أو غير متحركة بعد الذبح ، أو لم يسئل منها دم.
 (٣) لاحظ عبارة النافع.
 (٤) القواعد : ج ٢ ، المطلب الرابع الكيفية ص ١٥٤ س ٢٤ قال : السادس : الحركة بعد الذبح ، أو خروج
 الدم المعتدل.
 (٥) المقنع : باب الصيد والذبائح ص ١٣٩ س ٩ قال : والشاة إذا طرفت عينها الى قوله : فهي ذكية ، وان
 ذبحت ولم تتحرك وخرج منها دم كثير فلا تأكل.
 (٦) المختلف : ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٩ س ٢٩ قال : والمعتمد اعتبار الحركة.
 (٧) الكافي : ج ٦ باب إدراك الذكاة ص ٢٣٢ قطعة من حديث ٢.
 (٨) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥٦ الحديث ٢٣٥.

وقيل : يكفي أحدهما ، وهو أشبه . وفي إبانة الرأس بالذبح قولان ، المروي : أنها تحرم ، ^(١) ولو سبقت السكين فإبانتها لم تحرم الذبيحة.

ومثلها عن رفاعة عنه عليه السلام في الشاة إذا طرفت عينها أو حرّكت ذنبها ، فهي ذكية ^(١).

فالرواية الأولى دلت على حلّه مع خروج الدم . والأخيرتان دلّتا على حلّه مع الحركة . وبهما تمسك الصدوق ومن تبعه على مطلوبه .

قال طاب ثراه : وفي إبانة الرأس بالذبح قولان : المروي أنها تحرم . أقول : هنا أربعة أقوال .

(الأول) تحريم الفعل والأكل وهو ظاهر النهاية ^(٢) وتبعه ابن زهرة في تحريم الأكل ^(٣) وبه قال ابن حمزة مع التعمد ومع عدم خروج الدم مطلقا ^(٤).

(الثاني) كراهتهما ، قاله ابن إدريس ^(٥).

(الثالث) كراهة الفعل وتحريم الأكل ، قاله الشيخ في الخلاف ^(٦).

(الرابع) تحريم الفعل وكراهة الأكل قاله العلامة في المختلف ^(٧) واختاره فخر

(١) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥٦ الحديث ٢٣٤.

(٢) النهاية : باب الذبح وكيفية وجوب التسمية ص ٥٨٤ س ٤ قال : ومتى تعمد ذلك (أبان الرأس) لم يجز أكله.

(٣) الغنية (في جوامع الفقهية) : فصل في الصيد والذبائح ص ٦١٨ س ٢٠ قال : ولا يحل أكل ذبيحة إلى قوله : أو فصل الرأس منها أو سلخ جلدها قبل أن يبرد.

(٤) الوسيلة : فصل في بيان أحكام الذبائح ص ٣٦٠ س ١٥ قال : فإن نخع عمدا أو سهوا ولم يخرج الدم حرم إلخ.

(٥) السرائر : باب الذبائح وكيفية ص ٣٦٨ س ٢٠ قال : ويكره أن ينخع الذبيحة إلا بعد أن يبرد بالموت إلخ.

(٦) كتاب الخلاف : كتاب الضحايا ، مسألة ١٣ قال : يكره إبانة الرأس من الجسد إلى قوله : فإن خالف وإبان لم يحرم أكله.

(٧) المختلف : ج ٢ ، الفصل الثالث في الذبح ص ١٢٨ س ٣٦ قال : والمعتمد تحريم الفعل ، لا المذبوح.

ويستحب في الغنم ربط يدي المذبوح وإحدى رجليه ، وإمساك صوفه أو شعره حتى يبرد. وفي البقر عقد يديه ورجليه وإطلاق ذنبه. وفي الإبل ربط أخفافه إلى إبطيه. وفي الطير إرساله.

ويكره الذبابة ليلا ، ونزع الذبيحة ، وقلب السكين في الذبح ، وإن يذبح حيوانا وآخر ينظر اليه ، وإن يذبح بيده ما رتاه من النعم. ويحرم سلخ الذبيحة قبل بردها. وقيل : يكره وهو أشبه.

المحققين ^(١).

أما الأول : فلحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : ولا ينزع ولا تكسر الرقبة حتى تبرد الذبيحة ^(٢).

ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : لا ينزع ولا تقطع الرقبة بعد ما تذبح ^(٣).

والنهي للتحريم.

وأما الثاني : فلصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام انه سئل عن رجل ذبح طيرا ، فقطع رأسه أيوكل منه؟ قال : نعم ولكن لا يتعمد قطع رأسه ^(٤).

ونزع الذبيحة قطع نخاعها. والنخاع بضم النون وفتحها وكسرهما ، وهو الخيط الأبيض الذي الخرز منظومة فيه ، وهو من الرقبة ممدود الى عجب الذنب. وعجب الذنب بحركة الجيم أصل الذنب.

قال طاب ثراه : ويحرم سلخ الذبيحة قبل بردها ، وقيل : يكره وهو أشبه.

(١) الإيضاح : ج ٤ ، المطلب الرابع في الكيفية ص ١٣٧ س ١٥ قال : والصحيح عندي ما اختاره والذي في المختلف ، وهو تحريم الفعل وإباحة الأكل.

(٢) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٥٩ قطعة من حديث ٢٥١.

(٣) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٦٠ قطعة من حديث ٢٥٢.

(٤) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (٩٦) باب الصيد والذبائح ص ٢٠٩ الحديث ٥٣.

أقول : بالتحريم قال الشيخ في النهاية : ولو سلخت قبل بردها لم يحل أكلها^(١) وتبعه القاضي^(٢) وابن حمزة^(٣).
وبالكراهة قال ابن إدريس^(٤) واختاره المصنف^(٥) والعلامة^(٦).
والشيخ عوّل على رواية مرسلّة عن أحمد بن محمد بن يحيى قال : قال أبو الحسن الرضا عليه السّلام : الشاة إذا ذبحت وسلخت ، أو سلخ شيء منها قبل أن تموت فليس يحل أكلها^(٧).
والباقون على عموم القرآن^(٨) ، والأخبار^(٩) وأصالة الحل.

في مسائل اختلف فيها

(الأول) قلب السكين بان يذبح الى فوق ، ومعناه ان يدخل السكين في وسط اللحم فيقطع الى الجلد ، بل ينبغي ان يتدّى من فوق الجلد فيقطع منه الى الحلقوم.

-
- (١) النهاية : باب الذبح وكيفيته ووجوب التسمية ص ٥٨٤ س ١٥ قال : ولا يجوز سلخ الذبيحة إلا بعد بردها الى قوله : لم يحل أكله.
- (٢) المهذب : ج ٢ باب الصيد والذبائح ص ٤٤٠ س ٢٠ قال : ومن ذبح بهيمة لم يجز ان يسلحها الا بعد ان تبرد الى قوله : لم يجز أكلها.
- (٣) الوسيلة : فصل في بيان أحكام الذبابة ص ٣٦٠ س ١٦ قال : وان سلخ قبل ان تبرد حرم.
- (٤) السرائر : باب الذبائح وكيفيته ص ٣٦٩ س ١ فبعد ما نقل قول الشيخ في عدم جواز سلخ الذبيحة قبل البرد : قال : لا دليل على حظر ذلك إلخ.
- (٥) لاحظ عبارة النافع.
- (٦) المختلف : ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٩ س ١٤ فإنه بعد نقل قول ابن إدريس قال : وقول ابن إدريس قوي.
- (٧) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٥٦ الحديث ٢٣٣.
- (٨) سورة الانعام / ١١٨ قال تعالى ﴿فَكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾.
- (٩) لاحظ التهذيب : ج ٩ باب الصيد والزكاة ، من ص ٥٧.

وبحرمته قال الشيخ ^(١) والقاضي ^(٢).
وبكراهته قال ابن إدريس ^(٣) والمصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) للأصل.
والشيخ عوّل على رواية حمران بن أعين عن الصادق عليه السلام قال : ولا تقلب
السكين تدخلها تحت الحلقوم وتقطع الى فوق ^(٦).
(الثاني) نخع الذبيحة ، وهو قطع نخاعها متصلا بالذبح ، بان لا يتخللها سكون ،
وقد تقدم البحث فيه.
(الثالث) ان يذبح وحيوان آخر ينظر إليه ، حرّمه الشيخ في النهاية ^(٧) وفسّره بالصبر
، قال : ولا يجوز ذبح شيء من الحيوان صبرا ، وهو ان يذبح شيئا وحيوان آخر ينظر اليه.
ومستنده رواية غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام قال : ان أمير المؤمنين عليه
السلام كان لا يذبح الشاة عند الشاة والجزور عند الجزور وهو ينظر إليه ^(٨).

-
- (١) النهاية : باب الذبح وكيفيته ووجوب التسمية ص ٥٨٤ س ٤ قال : ولا يجوز أن يقلب السكين فيذبح الى
فوق.
(٢) المهذب : ج ٢ باب ما يحل من الذبائح وما يحرم منها ص ٤٤٠ س ٨ قال : ومن أراد الذبحة فلا يجوز ان
يقلب السكين إلخ.
(٣) السرائر : باب الذبائح وكيفيته ص ٣٦٨ س ٣٠ قال : ويكره ان يقلب السكين فيذبح الى فوق ، بل ينبغي
أن يتدبّر من فوق إلخ.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) المختلف : ج ٢ ، الفصل الثالث في الذبح ص ١٢٩ س ٥ قال : وقول ابن إدريس قوي.
(٦) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ، ص ٥٥ قطعة من حديث ٢٢٧.
(٧) النهاية : باب الذبح وكيفيته ووجوب القسمية ص ٥٨٤ س ١٤ قال : ولا يجوز ذبح شيء من الحيوان صبرا
، وهو ان يذبح إلخ.
(٨) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٥٦ الحديث ٢٣٢.

ويلحق به أحكام.

(الأول) ما يباع في أسواق المسلمين يجوز ابتياعه من غير تفحص.

(الثاني) ما يتعذر ذبحه أو نحره من الحيوان كالمستعصي والمتردى في بئر يجوز عقره بالسيف وغيره مما يجرح إذا خشي تلفه. (الثالث) ذكاة السمك إخراجها من الماء حيا ، ولا يعتبر في المخرج الإسلام ولا التسمية. ولو وثب أو نضب عنه الماء فأخذ حيا حلّ. وقيل : يكفي إدراكه يضطرب^(١) ، ولو صيد وأعيد في الماء فمات لم يحل وإن كان في الإله. وكذا الجراد ذكاته أخذ حيا ، ولا يشترط إسلام الأخذ ، ولا التسمية ، ولا يحلّ ما يموت قبل أخذه ، وكذا لو أحرقه قبل أخذه ، ولا يحلّ منه ما لم يستقل بالطيران.

ولا يدل على التحريم صريحا ، والأصل الإباحة.

(الرابع) قطع شيء من أعضائها قبل البرد ، عدّه التقى في المحرمات قبل الذكاة وبعدها قبل أن يجب جنوبها ويبرد بالموت ، وجعله ميتة^(٢) والمشهور الكراهة. قال طاب ثراه : ذكاة السمك إخراجها من الماء حيا الى قوله : وقيل : يكفي إدراكه يضطرب.

أقول : القائل هو الشيخ في النهاية^(٣).

ومستنده رواية سلمة أبي حفص عن أبي عبد الله عليه السلام أنّ عليا عليه السلام كان يقول : في الصيد والسمك إذا أدركتها وهي تضطرب وتضرب بيديها وتحرك ذنبها وتطرف بعينها فهي ذكاتها^(٣).

(١) الكافي : فصل في بيان ما يحرم أكله ص ٢٧٧ س ١٤ قال : وما قطع من الحيوان الى قوله : وكل هذه المذكورات ميتة.

(٢) النهاية : باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٦ س ١٧ قال : وإذا وثبت سمكة من الماء ، فماتت ، فإن أدركها الإنسان وهي تضطرب جاز له أكلها ، وإن لم يدركها كذلك تركها ولم يجز له أكلها.

(٣) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٧ الحديث ٢٤.

(الرابع) ذكاة الجنين ذكاة أمه إذا تمت خلقتها ، وقيل : يشترط مع إشعاره ان لا تلجه الروح ، وفيه بعد ولو خرج حيا لم يحل إلا بالتذكية.

وقال العلامة : لا يكفي النظر بل لا بد من إمساكه باليد ^(١) وهو مذهب المصنف في الشرائع ^(٢) عملا بالمتيقن وأخذا بالاحتياط.

ولحسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : انما صيد الحيتان أخذه ^(٣).
و (انما) للحصر ، فالمعتبر اصابتها باليد والآلة وإخراجها من الماء وموتها خارجه.
واكتفى بعضهم بخروجها حية وموتها خارجه ، والمحرم عنده انما هو موتها في الماء ، وهو الذي ذهب اليه المصنف في النكت ^(٤) كمذهب النهاية ^(٥).

قال طاب ثراه : ذكاة الجنين ذكاة أمه إذا تمت خلقتها ، وقيل : يشترط مع إشعاره ان لا تلجه الروح وفيه بعد. ولو خرج حيا لم يحل إلا بالتذكية.
أقول : أصل المسألة مستفاد من السنة المتواترة.

أمّا من طريق العامة : فما رواه أبو سعيد الخدري قال : سألتنا النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقلنا : يا رسول الله انا نذبح الناقة ، ونذبح البقرة ، أو الشاة وفي بطنها الجنين ، أنلقيه؟ أم نأكله؟ قال : كلوه إن شئتم فإن ذكاة الجنين ذكاة أمه ^(٦).

(١) القواعد : ج ٢ (في اللواحق) ص ١٥٥ س ١٥ قال : ولو أدركه بنظره فالأقرب التحريم. وفي التحرير ج ٢ (في الذبابة) ص ١٥٩ س ٢١ قال : وكذا ان وجدته على الجدد فأخذه بيده أو آله ، ولا يكفي مشاهدته.
(٢) الشرائع : كتاب الذبابة (السابعة) قال : ولو أدركه بنظره فيه خلاف ، أشبهه انه لا يحل.
(٣) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ، ص ١٠ قطعة من حديث ٣٤ ويؤيده أيضا الحديث ٢٩ و ٣٦.

(٤) النهاية ونكتها : ج ٣ ص ٨٠ ، قال : لأن المحرم انما هو ما يموت في الماء.

(٥) تقدم ما عن النهاية فراجع.

(٦) رواه أصحاب الصحاح والسنن بطرق عديدة. وإليك شطر منها.

سنن ابن ماجه ، ج ٢ كتاب الذبائح ^(١٥) باب ذكاة الجنين ذكاة أمه ص ١٠٦٧ الحديث

ومن طريق الخاصة كثير من الصحاح والحسان.

فمنه ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام انه قال في الذبيحة تذبح وفي بطنها ولد : ان كان تاما فكله ، فان ذكاته ذكاة امه ، وان لم يكن تاما فلا تأكله ^(١).

فروي ذكاة الثاني بالنصب ^(٢) وانتصابه بنزع الخافض ، وهو الكاف ^(٣) فيكون تقدير الكلام : ان ذكاة الجنين مثل ذكاة امه. فعلى هذا يفتقر إلى تذكية له بانفراده ، ولا ينتجه ذكاة الأم ، فلو خرج ميتا ، أو حيا لا يتسع الزمان لذبحه ، أو يتعذر ذبحه لتعذر إله وغيرها ، حرم كغيره من الذبائح.

وروي ذكاة الثاني بالرفع ^(٤) ، وهو المشهور بين الأصحاب ، وعليه عمل المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦) وفخر المحققين ^(٧) ومعناه : أن ذكاة الجنين هي ذكاة امه ، فهي مبيحة ونائبة عن تذكيته ، وكافية في حله ، فلا تحتاج إلى تذكية له بانفراده ، لكن بشرطين.

٣١٩٩ وسنن الدارمي ، ج ٢ ، كتاب الأضاحي ص ٨٤ باب في ذكاة الجنين ذكاة امه. ومسند احمد بن حنبل ج ٢ ص ٣٩ س ٩ وص ٤٥ س ٢٥. وسنن أبي داود ، ج ٣ كتاب الأضاحي ، باب ما جاء في ذكاة الجنين الحديث ٢٨٢٧ و ٢٨٢٨ الى غير ذلك مما يظهر للمتتبع.

(١) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (٩٦) باب الصيد والذبائح ص ٢٠٩ الحديث ٥٥.

(٢) لم أعر عليهما بلفظ الرواية ، وفي كلمات الفقهاء هكذا ، قال في اللمعة : ج ٧ كتاب الصيد والذبائح ص ٢٤٨ ما لفظه (والصحيح رواية وفتوى : أن ذكاة الثانية مرفوعة خبرا عن الاولى) وفي العوالي : ج ٢ ص ٣٢٣ قال : فروي ذكاة الثاني بالرفع وروي بالنصب إلخ.

(٣) في النسختين المخطوطتين (وهو مثل) بدل (وهو الكاف).

(٤) لم أعر عليهما بلفظ الرواية ، وفي كلمات الفقهاء هكذا ، قال في اللمعة : ج ٧ كتاب الصيد والذبائح ص ٢٤٨ ما لفظه (والصحيح رواية وفتوى : أن ذكاة الثانية مرفوعة خبرا عن الاولى) وفي العوالي : ج ٢ ص ٣٢٣ قال : فروي ذكاة الثاني بالرفع وروي بالنصب إلخ.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) القواعد : ج ٢ كتاب الصيد والذبائح ص ١٥٤ س ٧ قال : وذكاة الجنين ذكاة امه ان تمت خلقتها إلخ.

(٧) الإيضاح : ج ٤ ص ١٣٣ س ١٨ قال : والأقوى عندي اختيار المصنف.

(الأول) أن تتم خلقتة ، وحدّه ان تشعر أو تؤبر. وإن لم تتم خلقتة وخرج ميتا فهو حرام باتفاق الكل مؤالفا ومخالفا :

(الثاني) قيل فيه أربعة أقوال.

(أ) خروجه ميتا ، قاله الشيخ في الخلاف ^(١) ، فلو خرج حيا لم يحل إلا بالتذكية ، وهو مذهب السيد ^(٢) وأبو علي ^(٣).

(ب) خروجه ميتا ، أو حيا لا يتسع الزمان لفعل التذكية نفسها ، لا باعتبار عارض من فقدان آلة ، أو تعذر مذك ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، في كتاب الأطعمة فإن عاش ما يتسع الزمان لذبحه ثمّ مات قبل الذبح فهو حرام وان كان لعذر ^(٤).

(ج) الإقناع بتمام الخلقة. قال المفيد : جنين الحيوان حلال إذا أشعر وأوبر وذكاته ذكاة امه ولا يجوز أكله قبل ان يشعر أو يؤبر مع الاختيار ^(٥) وقال الحسن : ذكاته ذكاة امه ان كان تاما وإلا كان حراما ^(٦) فلم يشترطا سوى تمامية الخلقة.

(١) كتاب الخلاف : كتاب الأطعمة مسألة ١٨ قال : فان كان تاما وحدّه ان يكون أشعر أو أوبر ، نظر فيه ، فان خرج ميتا حل أكله ، وان خرج حيا ثمّ مات لم يحل أكله إلخ.

(٢) الانتصار : مسائل الصيد ص ١٩٥ س ٨ قال : مسألة. ومّا انفردت به الإمامية القول : بأن الجنين الى قوله : ان كان كاملا إلخ.

(٣) المختلف : ج ٢ ، كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٩ س ٣٨ قال : وقال ابن الجنيد : الى قوله : وكمال خلقتة ان يؤبر أو يشعر إلخ.

(٤) المبسوط : ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨٢ س ١٦ قال : فان خرج ميتا فهو حلال الى قوله : وان عاش ما يتسع الزمان لذبحه إلخ.

(٥) المقنعة : باب الذبائح والأطعمة ص ٩٠ س ١١ قال : وحنين الحيوان إذا أشعر وأوبر ذكاته ذكاة امه الى قوله : مع الاختيار.

(٦) المختلف : ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٩ س ٢٧ قال : وقال ابن عقيل : إذا ذبح ذبيحة فوجد

وقال الصدوق في المقنع : ان كان تاما فكله ، فانّ ذكاته ذكاة امه ، وان لم يكن تاما فلا تأكله ، وروى انه إذا أشعر أو أوبر فذكاته ذكاة أمه ^(١) هذا آخر كلام الصدوق .
وظاهره ان التمامية تحصل قبل الاشعار والايار ، وما قدمناه من تفسير التمامية بهما ذكره الشيخ في الخلاف ^(٢) .

وهو في صحيحة يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الحوار ^(٣) تذكي أمه ، أيوكل بذكاتها؟ فقال : إذا كان تاما ونبت عليه الشعر فكل ^(٤) .
وفي حسنة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن قول الله عز وجل ﴿ أَجَلْتُ لَكُمْ بِهِمَ الْأَنْعَامَ ﴾ ^(٥) قال : الجنين في بطن امه إذا أشعر أو أوبر فذكاته ذكاة أمه ، فذلك الذي عني الله عز وجل ^(٦) .
(د) شرط الشيخ في النهاية ^(٧) وابن حمزة ^(٨) وابن إدريس ^(٩) وسالار ^(١٠)

في بطنها ولدا تاما إلخ.

(١) المقنع : باب الصيد والذبائح ص ١٣٩ س ١٤ قال : فان كان تاما الى قوله : فذكاته ذكاة أمه.

(٢) تقدم آنفا.

(٣) الحوار ولد الناقة من حين يوضع إلى ان يفطم ويفصل فاذا فصل عن امه فهو فصيل (لسان العرب ، ج ٤ حرف الراء ص ٢٢١).

(٤) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ، ص ٥٩ الحديث ٢٤٦ .

(٥) سورة المائدة / ١ .

(٦) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥٨ الحديث ٢٤٤ .

(٧) النهاية : باب الذبح وكيفيته ووجوب التسمية ص ٥٨٤ س ١٩ قال : فان كان قد أشعر أو أوبر ولم تلجه الروح فذكاته ذكاة امه ، وان لم يكن تاما لم يجز أكله على حال .

(٨) الوسيلة : فصل في بيان أحكام الذبائح ص ٣٦١ س ٦ قال : اما إذا أشعر ولم تلجه الروح الى قوله : تحصل ذكاة بذكاة أمه .

(٩) السرائر : باب الذبائح وكيفيته ص ٣٦٩ س ٨ قال : فان كان قد أشعر وأوبر ولم تلجه الروح فذكاته ذكاة أمه إلخ .

(١٠) المراسم : ذكر الأطعمة ص ٢١٠ س ٧ قال : فاما أجنته ما يؤكل لحمه الى قوله : فإن أشعر أو أوبر وامه مذكاة ، فذكاته ذكاة

والقاضي^(١) في إباحته بذكاة أمه مع إشعاره وإيثاره ان لا يلججه الروح ، ولا يحل لو احتل أحدهما ، فلو ولجته الروح ولم تتم خلقتة ، لم يحل ، ولو تم خلقتة وقد ولجته الروح في جوفها لم يحل إلا بتذكيته ، سواء خرج حيا ولم يتسع الزمان لذبحه ، أو خرج ميتا فإنه يكون حراما. قال المصنف : وهو بعيد^(٢) أي اشتراط عدم الولوج مع اشتراط الاشعار والايثار بعيد أما أولا فلعدم النقل ، فإن الروايات خالية من ذكر هذا الشرط. واما ثانيا فللقضاء العادة بخلافه ، فإن ولوج الروح هو السابق على الاشعار والايثار ، فكيف يمكن اشتراط عدمه مع وجود أحدهما. والعلامة^(٣) وفخر المحققين^(٤) تابعا للمصنف في منع شرط النهاية.

أمه إذا لم تلججه الروح.

(١) المهذب : ج ٢ باب ما يحل من الذبائح وما يحرم منها ومن الميتة والبيض والجلود ص ٤٤٠ س ٢١ قال : ومن ذبح شاة أو غيرها ووجد في بطنها جنينا قد أشعر وأوبر ولم تنشش فيه الروح فذكاته ذكاة أمه.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) القواعد : ج ٢ ، المطلب الثاني. المذبوح ص ١٥٤ س ٧ قال : وذكاة الجنين ذكاة أمه ان تمت خلقتة بأن أشعر أو أوبر وخرج ميتا.

(٤) الإيضاح : ج ٤ في الذباجة ص ١٣٤ س ١٨ قال بعد نقل قول العلامة في القواعد : والأقوى عندي اختيار المصنف.

كتاب الأطعمة

كتاب الأطعمة والأشربة

والنظر فيه يستدعي أقساما.

(الأول) في حيوان البحر ، ولا يؤكل منه الا سمك له فلس ، ولو زال عنه كالكنعت .
ويؤكل الريشا ، والإريسان ، والظمر ، والطبراني ، والايلامي . ولا يؤكل السلحفاة ، ولا
الضفادع ، ولا السرطان ،

«كتاب الأطعمة والأشربة»

مقدمة

الأصل في معرفة ما يحل أكله : إن المأكول لا يخلو اما ان يكون من الحيوان أو من
غيره ، وكلاهما يرجع فيه الى الشرع ، فما اباحه فهو حلال وما حرمه فهو حرام ، وما لم
يكن له في الشرع ذكر وهو من الحيوان حي ، فهو حرام ، لان ذبح الحيوان محظور إلا
بالشرع.

وان لم يكن حيا ، أو كان من غير الحيوان ، فان علم اشتماله على مضرة الجسد كان
حراما ، وان لم يعلم أو علم النفع كان مباحا ، لأن الأصل في الأشياء كونها قبل ورود الشرع
على الإباحة على المذهب المحقق عند

الأصوليين^(١).

ولقول الصادق عليه السلام : كل شيء مطلق حتى يرد فيه نهي^(٢).

ومن قال : بأن الأصل فيها الحظر ، أو قال بالوقف يلزم التحريم^(٣).

تذنيب ويلحق بالمحلل في الجملة ما كان مستطابا. ويحرم ما كان خبيثا ، لقوله تعالى :

﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾^(٤) وقال تعالى ﴿الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ

النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ﴾. إلى قوله . ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾^(٥).

ومن هذا تحريم الأبوال ، لاستخبائها وإن كانت طاهرة ، وكذا المشيمة والفرج ،

فالطيب اذن ما استطابته النفس وكان خاليا عن الضرر كالسمومات ، والخبيث ما نفرت منه

واستقذرت كالدّم والفرث.

والحاصل : ان اسم الطيب تقع على أربعة أنحاء.

(١) الحظر أو الإباحة في الأفعال من المسائل الأصولية المتنازع فيه بين الأصوليين من العامة والخاصة ، فلاحظ المستصفي للغزالي : ج ١ ص ٦٣ قال : مسألة ذهب جماعة من المعتزلة الى ان الأفعال قبل ورود الشرع على الإباحة ، وقال بعضهم على الحظر إلخ.

وفي الفصول في الأصول ، فصل ينقسم الفعل عند القائلين بالتحسين والتقبيح العقليين الى ما يستقل العقل بإدراك حسنة أو قبيحة وإلى ما لا يستقل قال : وأما ما لا يستقل العقل بإدراك حسنه ولا قبحه ، فقد اختلف القائلون إلى قوله : في حكمه قبل ورود الشرع فذهب الأكثرون إلى الإباحة وآخرون إلى الحظر إلخ.

(٢) من لا يحضره الفقيه : ج ١ (٤٥) باب وصف الصلاة من فاتحتها إلى خاتمتها ص ٢٠٨ الحديث ٢٢.

(٣) الحظر أو الإباحة في الأفعال من المسائل الأصولية المتنازع فيه بين الأصوليين من العامة والخاصة ، فلاحظ المستصفي للغزالي : ج ١ ص ٦٣ قال : مسألة ذهب جماعة من المعتزلة الى ان الأفعال قبل ورود الشرع على الإباحة ، وقال بعضهم على الحظر إلخ.

وفي الفصول في الأصول ، فصل ينقسم الفعل عند القائلين بالتحسين والتقبيح العقليين الى ما يستقل العقل بإدراك حسنة أو قبحه وإلى ما لا يستقل قال : وأما ما لا يستقل العقل بإدراك حسنه ولا قبحه ، فقد اختلف القائلون إلى قوله : في حكمه قبل ورود الشرع فذهب الأكثرون إلى الإباحة وآخرون إلى الحظر إلخ.

(٤) سورة المائدة / ٤ .

(٥) سورة الأعراف / ١٥٧ .

.....

(أ) الحلال : قال تعالى ﴿كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ﴾^(١) أي من الحلال.
 (ب) الطاهر : قال تعالى ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾^(٢) أي طاهرا.
 (ج) ما لا أذى فيه ، كالزمان الذي لا حرّ فيه ولا برد ، يقال : هذا زمان طيب
 ومكان طيب.

(د) ما تستطيه النفس ولا تنفر منه ، كقوله تعالى ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أَحَلَّ لَهُمْ قُلْ
 أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾^(٣) وليس المراد منه الحلال لعدم الفائدة في الجواب حينئذ لأنهم سألوه
 أن يبين لهم الحلال ، فلا تقول في الجواب : الحلال هو الحلال ، ولا الطاهر لأن الطاهر انما
 يعرف شرعا وتوقيفا ، ولا ما لا أذى فيه ، لأن المأكول لا يوصف به.
 فتعين ان يكون المراد ردهم الى ما يستطيعونه ولا يستحبثونه ، فردهم الى عادتهم وما
 هو مقرر في نفوسهم وطباعهم.

قال الشيخ رحمه الله : وهذا قريب غير انه لا يمتنع ان يقال : المراد ما لا أذى فيه من
 المباح الذي ليس بمحرّم ، فكأنهم لما سألوه عن الحلال ، قال : هو ما لا يستحق بتناوله
 العقاب ، وذلك عام في جميع المباحات ، سواء علمنا ذلك عقلا أو شرعا ، قال : ومن
 اعتبر العرف والعادة ردهم الى عرف أهل الريف والمكنة وحالة الاختيار ، دون أهل البوادي
 وذوي الاضطرار من جفاة العرب ، كما سئل بعضهم عمّا يأكلون؟ قال : كلما دبّ ودرج
 إلا أم حبين^(٤) وقال بعضهم : لتهن أم حبين

(١) سورة المؤمنون / ٥١ .

(٢) سورة النساء / ٤٣ .

(٣) سورة المائدة / ٤ .

(٤) أم حبين بجاء مهملة مضمومة وباء موحدة مفتوحة مخففة دوية مثل ابن عرس وسام أبرص .
 وانما سميت بذلك من الحين ، تقول : فلان به حبن أي مستسقي فشبهت بذلك لكبر بطنها ، وقال ابن
 السكيت : هي أعرض من العظاءة (ذكرها الدميري في مواضع من كتابه حياة الحيوان لاحظ ج ١ باب الحاء
 المهمة ص ٢٤١ في أم حبين وج ٢ باب العين المهمة ص ٩٨ في العظاءة وغيرهما .

العافية تأمن أن تطلب وتذبح وتؤكل^(١).

تنبيه :

هذا في حالة الاختيار ، واما في حالة الضرورة فيباح جميع المحرمات ، لقوله تعالى ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾^(٣).

ولا يختص التحريم نوعا من المحرمات ، بل يباح الميتة والخمر لدفع العطش المؤدي إلى التلف ، ويقتصر على سد الرمق. وكذا يجوز لإساعة اللقمة إذا لم يجد سوى الخمر. أما التداوي بالخمر ، أو بشيء من المسكرات ، أو المحرمات فلا يجوز ، فيحل تناول الخمر لطلب السلامة في صورة دفع الهلاك ، ولا يجوز لطلب الصحة في دفع الأمراض. لحسنة عمر بن أذينة قال : كتبت الى الصادق عليه السلام أسأله عن رجل يبعث له الدواء من ريح البواسير فيشره بقدر أسكرجة من نبيذ صلب ليس يريد به اللذة وإنما يريد به الدواء ، فقال : لا ، ولا جرعة ، ثم قال : ان الله عز وجل لم يجعل في شيء مما حرم شفاء ولا دواء^(٤).

(١) المبسوط : ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٧٩ س ٧ أقول : بل جل المطالب من أول كتاب الأطعمة مأخوذ من المبسوط فلاحظ.

(٢) سورة الانعام / ١١٩.

(٣) سورة البقرة / ١٧٣.

(٤) الكافي : ج ٦ كتاب الأشربة باب من اضطر الى الخمر للدواء ، أو للعطش ، أو للتقية ص ٤١٣ الحديث ٢.

وهل يجوز التداوي به للعين؟ منع منه ابن إدريس ^(١) والشيخ في أحد قوليهِ ^(٢) وأجازه في الآخر ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥).

احتج الأولون برواية معاوية بن عمار قال : سأل رجل الصادق عليه السّلام عن دواء عجن بالخمّر نكتحلّ منها ، فقال أبو عبد الله عليه السّلام : ما جعل الله عزّ وجلّ في حرام شفاءً ^(٦).

وعنه عليه السّلام : من اكتحلّ بميل من مسكر كحله الله بميل من نار ^(٧).
احتج الآخرون برواية هارون بن حمزة الغنوي عن الصادق عليه السّلام في رجل اشتكى عينه ، فنعت له كحلّ يعجن بالخمّر فقال : هو خبيث بمنزلة الميتة ، فإن كان مضطرا فليكتحلّ به ^(٨).

(١) السرائر : كتاب الأطعمة والأشربة ، ص ٣٧٢ س ٣ قال : فان اضطر إليه للتداوي أو الجوع فلا يجوز له تناوله بحال لا للتداوي للعين ولا لغيرها.

(٢) المبسوط : ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨٨ س ٨ قال : فان لم يجد إلا خمرا الى قوله : سواء كان مضطرا إلى الأكل والشرب أو التداوي وفي كتاب الخلاف ، كتاب الأطعمة ، مسألة ٢٧ قال : إذا اضطر الى شرب الخمر الى قوله : أو التداوي فالظاهر انه لا يستبيحها أصلا إلخ.

(٣) النهاية باب الأشربة المحظورة والمباحة ص ٥٩٢ س ٢ قال : فان اضطر الى ذلك جاز ان يتداوى به للعين.

(٤) الشرائع : ومن اللواحق النظر الى حال الاضطرار ، قال : ويجوز عند الضرورة ان يتداوى بها للعين.

(٥) القواعد : في الأطعمة والأشربة ص ١٦٠ س ١ قال : ويجوز عند الضرورة ان يتداوى به للعين.

(٦) الكافي : ج ٦ كتاب الأشربة ، باب من اضطر الى الخمر للدواء أو للعطش ، أو للتقية ص ٤١٤ الحديث ٦.

(٧) الكافي : ج ٦ كتاب الأشربة ، باب من اضطر الى الخمر للدواء ص ٤١٤ الحديث ٧.

(٨) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ١١٤ الحديث ٢٢٨.

وفي الجري روايتان : أشهرهما التحريم. وفي الزمار ، والمارماهي ، والزهو روايتان. أشهرهما : الكراهية.

وكذا نقول : في المريض إذا تيقن التلف لو لا التداوي بها جاز إذا كان لدفع التلف ، لا لطلب الصحة ، قاله القاضي ^(١) واختاره العلامة ^(٢) ومنع الشيخ ^(٣) وابن إدريس ^(٤) قال القاضي : والأحوط تركه ^(٥).

ولو اضطر الى بول وخمر يتناول البول ، لان الخمر أفحش ، لإسكاره ، ووجوب الحد به.

اما التداوي ببول الإبل فجائز إجماعا ، وفي غيرها من الطاهرة على الأصح. قال طاب ثراه : وفي الجري روايتان ، أشهرهما التحريم ، وفي الزمار والمارماهي والزهو روايتان : أشهرهما الكراهية.

أقول : ذهب الشيخ في موضع من النهاية الى ان المارماهي والزمار والزهو مكروه شديد الكراهية ، وان لم يكن محظورا ^(٦) وتبعه القاضي ^(٧).

(١) المهذب : ج ٢ باب الأشربة ص ٤٣٣ س ١٦ قال : ومن خاف على نفسه من العطش جاز له ان يشرب من الخمر مقدار ما يمسك ريقه وإذا كان في الدواء الى قوله : والأحوط له تركه.

(٢) المختلف : ج ٢ في الأطعمة والأشربة ص ١٣٥ س ٢٥ قال : والمعتمد جواز شربه عند خوف التلف من العطش والمرض إلخ.

(٣) النهاية : باب الأشربة المحظورة ص ٥٩٢ س ٣ قال : ولا يجوز له ان يشربه على حال.

(٤) السرائر : باب الأطعمة والأشربة ص ٣٧٢ س ٤ قال : فتحريمها معلوم من دين الرسول صلى الله عليه وآله وتحليلها يحتاج الى دليل.

(٥) قد مر نقله آنفا.

(٦) النهاية : باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٦ س ٧ قال : واما المارماهي إلى قوله : وان لم يكن محظورا.

(٧) المهذب : ج ٢ باب الصيد والذبائح ص ٤٣٨ س ١٩ قال : واما المكروه الى قوله : والمارماهي والزهو والزمار.

وذهب في الخلاف ، وباب الحد من النهاية إلى تحريمها ووجوب القتل على مستحلها^(١) وبالتحريم قال المفيد^(٢) وتلميذه^(٣) والسيد^(٤) وابن إدريس^(٥) والصدوق^(٦) والقديمان^(٧) ^(٨) قال أبو علي : ولا يؤكل من السمك الجري والمارماهي والزمار ، وما لا قشر له ، وما ليس ذنبه مستويا^(٩) واختار المصنف الكراهة فيما عدى الجري والتحريم فيه^(١٠) واختار العلامة التحريم في الكل^(١١).

احتج الأولون بصحيفة زرارة عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن الجريث.

- (١) كتاب الخلاف : كتاب الصيد والذبائح مسألة ٣١ قال : فاما غيره مثل المارماهي والزميز الى قوله : فان جميع ذلك لا يحل اكله بحال.
- (٢) النهاية : باب الحد في شرب المسكر والمأكّل المحظورة ص ٧١٣ س ١٧ قال : ويغزر أكل الجري والمارماهي إلى قوله : فان استحل شيئا من ذلك وجب عليه القتل.
- (٣) المقنعة : باب الصيد والرماية ص ٨٩ س ٣ قال : ويجتنب الجري والزمار والمارماهي.
- (٤) المراسم : ذكر الصيد والذبائح ص ٢٠٧ س ٣ قال : والسمك على ضربين الجري والزميز والمارماهي إلى قوله : فالأول كله حرام.
- (٥) الانتصار : (مسائل الصيد) ص ١٨٦ قال : مسألة ومّا انفردت به الإمامية تحريم الى قوله : الجري والمارماهي والزمار.
- (٦) السرائر : باب ما يستباح اكله ص ٣٦٦ س ١٧ قال : وكذلك لا يجوز أكل المارماهي ولا الزمار ولا الزهو بالزاء المعجمة لأنّه لا قشر له.
- (٧) المقنع : باب الصيد والذبائح ص ١٤٢ س ٧ قال : ولا تأكل الجري ولا المارماهي ولا الزميز.
- (٨) المختلف : ج ٢ ، الفصل الثاني فيما يباح اكله ص ١٢٥ س ٢٣ و ٢٤ قال : وقال ابن أبي عقيل : وحرام بيع شيء من الجري والمارماهي والزمار ، وقال ابن الجنيد : ولا يؤكل من السمك الجري ولا المارماهي والزمار وما لا قشر له وما ليس ذنبه مستويا.
- (٩) المختلف : ج ٢ ، الفصل الثاني فيما يباح اكله ص ١٢٥ س ٢٣ و ٢٤ قال : وقال ابن أبي عقيل : وحرام بيع شيء من الجري والمارماهي والزمار ، وقال ابن الجنيد : ولا يؤكل من السمك الجري ولا المارماهي والزمار وما لا قشر له وما ليس ذنبه مستويا.
- (١٠) المختلف : ج ٢ ، الفصل الثاني فيما يباح اكله ص ١٢٥ س ٢٣ و ٢٤ قال : وقال ابن أبي عقيل : وحرام بيع شيء من الجري والمارماهي والزمار ، وقال ابن الجنيد : ولا يؤكل من السمك الجري ولا المارماهي والزمار وما لا قشر له وما ليس ذنبه مستويا.
- (١١) لاحظ عبارة النافع.
- (١٢) المختلف : ج ٢ ، الفصل الثاني فيما يباح اكله ص ١٢٥ س ٣٩ قال : والحق تحريمه (أي الجري) الى ان قال : والاوى في الزمار والمارماهي والزهو التحريم إلخ.

فقال : وما الجريث؟ فنعته له ، فقال ﴿لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً﴾ ، الى آخر الآية ^(١) ثم قال : لم يحرم الله شيئاً من الحيوان في القرآن إلا الخنزير بعينه ، ويكره كل شيء من البحر ليس له قشر مثل الورق ، وليس بحرام انما هو مكروه ^(٢).

ومثلها صحيحة محمد بن مسلم ^(٣). وبأصالة الصحة.

احتج المانعون برواية سمرة بن أبي سعيد قال : خرج أمير المؤمنين على بغلة رسول الله صلى الله عليه وآله ، فخرجنا معه نمشي حتى انتهينا الى موضع أصحاب السمك ، فجمعهم ، فقال : أتدرون لأي شيء جمعتمكم؟ قالوا : لا ، قال : لا تشتروا الجريث ولا المارماهي ولا الطافي على الماء ، ولا تبيعوه ^(٤).
وروى ابن فضال عن غير واحد من أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال : الجري والمارماهي والطافي حرام في كتاب علي عليه السلام ^(٥). وبالاختياط ، وبأنه قول أكثر علمائنا.

والجواب عن روايات الإباحة ، حملها على التقية.

تفسير :

(الجري) : بكسر الجيم والراء المهملة المشددة المكسورة ، ويقال : (الجريث) : بكسر الجيم والراء المشددة ، والياء المثناة من تحت والشاء المثناة ، (والزمار) : بكسر

(١) سورة الانعام / ١٤٥.

(٢) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٥ الحديث ١٥.

(٣) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٦ الحديث ١٦.

(٤) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٥ الحديث ١١.

(٥) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٥ الحديث ١٢.

ولو وجد في جوف سمكة سمكة أخرى ، حلت ان كانت ممّا يؤكل ، ولو قذفت الحية سمكة تضطرب ، فهي حلال ان لم يتسلّخ فلوسها. ولا يؤكل الطافي وهو الذي يموت في الماء وان كان في شبكة أو حظيرة^(١).

الزء المعجمة ، والميم المشددة ، والراء المهملة بعد الالف. (والكنعت) : بالكاف والنون قبل العين المهملة والتاء المثناة من فوق ، ويقال : (الكنعد) بالبدال المهملة ، ضرب من السمك له فلس ضعيف ، ويحك بالرميل لحرارته فيذهب منه. (والريثا) بالراء المهملة والباء المكسورة المنقطة بواحدة ، والياء المثناة من تحت ، والتاء المثناة المفتوحة ، والألف المقصورة ، ضرب من السمك له فلس لطيف. (والإريبان) بكسر الهمة وكسر الباء الموحدة ، والتاء المثناة من تحت قبل الالف والنون أخيرا ضرب من السمك بيض كاللدود يكون بالبصرة (والطمر) بكسر الطاء المهملة والميم الساكنة والراء المهملة ، (والطبراني) بالطاء المهملة المفتوحة ، والباء المفتوحة الموحدة ، والراء المهملة المفتوحة والنون المكسورة بعد الالف ، (والإبلامي) بكسر الهمة ، وسكون الباء الموحدة واللام المفتوحة والميم المكسورة بعد الالف ، (والسلحفاة) بضم السين المهملة واللام والحاء المهملة الساكنة والفاء المفتوحة والهاء بعد الالف.

قال طاب ثراه : ولو وجد في جوف سمكة ، سمكة أخرى ، حلت ان كانت ممّا يؤكل. ولو قذفت الحية سمكة تضطرب ، فهي حلال ان لم يتسلخ فلوسها. أقول : هنا مسئلتان.

(الأولى) إذا شق جوف سمكة فوجد فيها أخرى ، قال في النهاية : حلت إذا كانت من جنس ما يحل أكلها ولم تتسلّخ ، ولا يحل لو تسلخت^(١) وقال الفقيه :

(١) النهاية : باب ما يستباح اكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٦ س ١٣ قال : جاز أكلها إلى قوله : وان كانت قد تسلخت لم يجز أكلها على حال.

والمفيد حلّت ان كانت ذات فلوس وان لم يكن لها فلوس لم يؤكل^(١) ^(٢) ولم يشترطا عدم التسليخ. ومنع ابن إدريس من أكلها إلا إذا خرجت حية^(٣).
احتجّ الشيخ بما رواه السكوني بالموثق عن الصادق عليه السلام : ان عليا سئل عن سمكة شق بطنها فوجد فيها سمكة أخرى قال : كلهما جميعا^(٤).
ومثلها رواية أبان عن بعض أصحابه عن الصادق عليه السلام قال : تؤكلان جميعا^(٥).

وبالاستصحاب الدال على بقاء الحياة واستمرارها الى حين إخراجها ، قال المصنف في الشرائع : وبهذا روايتان طريق أحدهما السكوني ، والأخرى مرسلة ، ومن المتأخرين من منع ، استنادا الى عدم اليقين بخروجها من الماء حية وربما كانت الرواية أرجح ، استصحابا لحال الحياة^(٦).

وكذا العلامة في المختلف مال الى ترجيح الرواية ، قال : وقول الشيخ ليس بعيدا من الصواب لعموم قوله تعالى ﴿أَحَلَّ لَكُم صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ﴾^(٧) ثم أورد

(١) المختلف : ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٦ س ٦ قال : وقال الشيخ علي بن بابويه : الى قوله : وان لم يكن لها فلوس لم يؤكل.

(٢) المقنعة : باب الصيد والرماية ص ٨٩ س ٤ قال : وان صيدت سمكة إلى قوله : وان لم تكن ذات فلوس لم تؤكل.

(٣) السرائر : باب ما يستباح أكله ص ٣٦٦ س ٢٦ قال : والذي يقتضيه المذهب انه ان كانت الموجودة حية فإنها يؤكل.

(٤) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والذبائح ص ٨ الحديث ٢٥.

(٥) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والذبائح ص ٨ الحديث ٢٦.

(٦) الشرائع : كتاب الأطعمة والأشربة ، في حيوان البحر قال : وبهذا روايتان إلخ.

(٧) سورة المائدة / ٩٦.

الروايتين واختار ما اختاره ابن إدريس أخيرا ، قال : لعدم تيقن الإخراج من الماء حية مع انه مناط التحليل^(١).

احتج ابن إدريس بأن الشرط في إباحته ذكاته بإخراجه من الماء حيا ، وهذا الشرط غير معلوم ، فلا يباح أكلها^(٢) واختاره فخر المحققين لأن وجود المشروط بدون الشرط محال والا لم يكن الشرط شرطا هذا خلف^(٣).

والحاصل : أنّ منشأ الخلاف أنّ شرط حلّ السمك أخذه حيا ، ولا شك أنّ هذه السمكة أحلتها الحياة وقتا ما ، والأصل البقاء إلى الأخذ ، فيكون شرط التذكية موجود ، لانتفاء العلم بالمانع.

ومن حيث أنّ الشرط هو حياتها حالة الأخذ ، وهو مجهول ، ومع الجهل بالشرط يستحيل الجزم بالمشروط.

(الثاني) لو قذفت الحية سمكة : قال في النهاية : حلت ان لم تتسلخ^(٤) وحرّمها ابن إدريس^(٥) إلا ان تقذفها والسمكة تضطرب ، قال المصنف في الشرائع :

(١) المختلف : ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٦ س ٨ قال : وقول الشيخ ليس بعيدا من الصواب الى قوله : مع انه مناط التحليل.

(٢) السرائر : باب ما يستباح اكله ص ٣٦٦ س ٢٩ قال : والأولى ان يقال : ان كانت السمكة الموجودة في جوف الحية حية فإنها تؤكل إلخ وقال في المختلف ص ١٢٦ س ٧ : ومنع ابن إدريس أكل المخرجة من جوف السمكة أو الحية إلّا إذا خرجت حية إلخ ومن هنا يظهر ان فتواه خروج السمكة حية سواء كان من جوف السمكة أو الحية.

(٣) الإيضاح : ج ٤ في الأطعمة والأشربة ص ١٤٤ س ١٨ قال : والأقوى عندي قول ابن إدريس ، لأن وجود الشرط إلخ.

(٤) النهاية : باب ما يستباح اكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٦ س ١٤ قال : فان كانت على هيئتها لم تتسلخ لم يكن بأس بأكلها.

(٥) تقدم تحت رقم (٣).

ولو اختلط الحي منهما بالميت حلّ والاجتناب أحوط ^(١). ولا يؤكل جلال السمك حتى يطعم علفا طاهرا يوما وليلة.
وبيض السمك المحرم مثله ، ولو اشتبه أكل منه الخشن ، لا الأملس.

وينبغي اعتبار أخذها باليد لتحقيق الذكاة ^(١) واختاره العلامة ^(٢) وفخر المحققين ^(٣).
احتج الشيخ بما رواه صالح بن أعين عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : جعلت فداك ما تقول في حية ابتلعت سمكة ثم طرحتها وهي حية تضطرب ، أكلها؟ فقال : ان كان فلوسها قد تسلخت فلا تأكلها وان لم يكن تسلخت فكلها ^(٤).
وأجيب بالقول بموجبها ، وليس فيها دلالة على مطلوب الشيخ ، فإنها نطقت بكونها ألفتها وهي حية ولم يذكر فيها إخراجها ميتة ، ولا الأعم الشامل للقسمين ، كالأخراج في الجملة ، بل قيدت إخراجها حية تضطرب.
وهل يشترط إمساكها بعد ذلك باليد ، أو الآلة ، أو موته خارج الماء في الجملة؟ وقد تقدم البحث فيه.

قال طاب ثراه : ولو اختلط الحي منهما بالميت حلّ والاجتناب أحوط.
أقول : إذا نصب في الحظيرة ، وهو الماء المحصور بمسناة أو ما أشبهها ، أو البركة شبكة وخرج فيها سمك فان كان حيا حلّ قطعاً ، وان كان ميتاً حرم ، لأنه مات فيما فيه حياته.

(١) الشرائع : في حيوان البحر قال : ولو اعتبر مع ذلك أخذها حية ليتحقق الذكاة كان حسناً.
(٢) القواعد : ج ٢ (الأول) ص ١٥٦ س ٣ قال : والوجه التحريم ألا ان يأخذها حيا.
(٣) الإيضاح : ج ٤ ص ١٤٥ س ٨ قال : والأصح اختيار المصنف هنا وهو التحريم.
(٤) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٨ الحديث ٢٧ والحديث عن صالح بن أعين عن الوشاء.

وان اختلط الحي فيها بالميت ، هل يجب اجتناب الجميع ، أو يحل الجميع؟ قيل فيه قولان :

(الحل) خمسة أوجه.

(أ) الأصل ، فإن مقتضاه الإباحة.

(ب) عموم قوله تعالى ﴿أَحْلَلْنَا لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَطَعَامَهُ﴾^(١).

(ج) قوله عليه السلام : لا يحرم الحرام الحلال^(٢).

(د) رواية حماد بن عثمان عن الحلبي قال : سألته عن الحظيرة من القصب تجعل في الماء للحيثان تدخل فيها الحيتان ، فيموت فيها بعضها قال : لا بأس به ، ان تلك الحظيرة إنما جعلت ليصطاد فيها^(٣).

ومثله رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعت أبي يقول : إذا ضرب صاحب الشبكة بالشبكة فما أصاب فيها من حي أو ميت فهو حلال^(٤).

(١) سورة المائدة / ٩٦.

(٢) التهذيب : ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن في شرع الإسلام ص ٢٨٣ الحديث ٣٤ وج ٧ ، أيضا (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها. وفيه نقل الحديث بعبارات شتى ، لاحظ ص ٣٢٨ الحديث ٨ وفيه : (ان الحرام لا يفسد الحلال) وحديث ٩ وفيه : (ان الحرام لا يحرم الحلال) وص ٣٢٩ الحديث ١٢ وفيه : (ان الحرام لا يفسد الحلال) وحديث ١٣ وفيه (ما حرم حرام حلالا قط) وص ٣٣٠ الحديث ١٦ وفيه (لا يحرم الحلال الحرام) وحديث ١٧ وفيه (ما حرم حرام قط حلالا) الى غير ذلك مما يعثر عليه المتتبع. ومن طريق العامة. سنن ابن ماجه ج ١ كتاب النكاح ص ٦٤٩ (٦٣) باب لا يحرم الحرام الحلال ، الحديث ٢٠١٥. ولاحظ عوالي اللئالي ج ٢ ص ٢٧٢ الحديث ٣١ وج ٣ ص ٣٣٠ الحديث ٢٠٩ وأيضاً ص ٤٦٥ الحديث ١٣.

(٣) الكافي : ج ٦ باب صيد السمك ص ٢١٧ قطعة من حديث ٩.

(٤) الكافي : ج ٦ باب صيد السمك ص ٢١٨ قطعة من حديث ١٥.

(هـ) رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كل شيء يكون فيه حلال وحرام فهو لك حلال ابدا حتى تعرف الحرام بعينه ، فتدعه ^(١).

وهو اختيار الشيخ في النهاية ^(٢).

والآخر التحريم ، لوجوه.

(أ) الأصل تحريم الحيوان حتى يعلم ذكاته ، والعلم مفقود هنا.

(ب) الاحتياط.

(ج) قوله عليه السلام : ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال ^(٣).

وهو اختيار ابن إدريس ^(٤) وظاهر المصنف هنا ^(٥) وفي الشرائع ^(٦).

فروع

(الأول) لو صيد فأعيد في الماء فمات فيه ، كان طافيا وحرم اكله ، وإن كان في الآلة كما يجعل في الزناق ^(٧) لأنه مات فيما فيه حياته.

(١) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (٩٦) باب الصيد والذبائح ص ٢١٦ الحديث ٩٢ وفي التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٧٩ الحديث ٧٢.

(٢) النهاية : باب الصيد وأحكامه ص ٥٧٨ س ١٣ قال : وإذا نصب الإنسان شبكة في الماء إلى قوله : جاز أكل جميعه وإن كان يغلب على ظنه أن بعضه مات في الماء.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي : ج ٧ باب الزنا لا يحرم الحلال ص ١٦٩ س ١٧ والحديث عن ابن مسعود ، ولاحظ أيضا عوالي اللئالي : ج ٢ ص ١٣٢ الحديث ٣٥٨ وج ٣ ص ٤٦٦ الحديث ١٧.

(٤) السرائر : كتاب الصيد والذبائح ص ٣٦٤ س ٢٣ قال : وتحرير ذلك أن الإنسان متى نصب شبكة ووقع فيها السمك وأخذ منها ما هو حي فإنه حلاله ، وإن أخذه وهو ميت فلا يجوز أكله بحال.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) الشرائع : في حيوان البحر ، قال : ولا يؤكل الطافي إلى قوله : وكذا ما يموت في شبكة الصائد في الماء أو في حظيرته.

(٧) الزنقة : السكة الضيقة ، والزناق من الحلي المنخقة (الصحاح لغة زناق).

(الثاني) : في البهائم : ويؤكل من الإنسية : النعم ، ويكره الخيل والحمر ، وكراهية البغل أشد. ويحرم الجلال منها على الأصح ^(١) ، وهو ما يأكل عذرة الإنسان محضا. ويحلّ مع الاستبراء ، بان يربط ويطعم العلف ، وفي كمية اختلاف محصله : استبراء الناقة بأربعين يوما ، والبقرة بعشرين ، والشاة بعشرة.

(الثاني) لو ضرب السمكة وهي في الماء بآلة كالغالة ^(١) ، أو صيّرها غير مستقرة الحياة في الماء ، لم يحلّ ، وكذا لو أخرج منها على الآلة قطعة ، كانت حراما.

(الثالث) لو أخرج السمكة حية وألقاها في قدر مملوءة من الماء وهي تغلي على النار فماتت فيها حرمت ، لأنها ماتت في الماء.

(الرابع) لو ألقاها وهي حية في حب من الخلّ أو غيره من المائعات غير الماء كالزيت حتى ماتت فيه ، لم يحرم ، لأنه ليس بماء ولا يعيش فيه ، فلم تمت فيما فيه حياتها.

(الخامس) لو قطع منها قطعة بعد خروجها ثم وقعت في الماء وهي مستقرة الحياة ، كان ما قطعه منها حلالا ، لأنه أخذ منها بعد الحكم بتذكيته.

(السادس) هل يجوز أكله حيا؟ الأقرب ذلك ، لكنه يحرم من حيث الضرر لأنه يسرع السل.

قال طاب ثراه : ويحرم الجلال منها على الأصح الى آخره.

أقول : البحث هنا يقع في ثلاث مقامات.

(الأول) في تحريم الجلال ، وهو المشهور بين الأصحاب قاله

(١) آلة على شكل الرمح لها رأس محدّد ، تستعمل في صيد السمك.

الخمسة (١) (٢) (٣) (٤) (٥) والتقي (٦) وابن حمزة (٧) والقاضي (٨) وابن إدريس (٩) والمصنف (١٠) والعلامة (١١).

وقال أبو علي : انه مكروه اكله وشرب لبنه والركوب عليه (١٢).

(الثاني) ما به يحصل الجلل ، وهو ان تغتذي عذرة الإنسان محضاً دون غيرها

(١) النهاية : باب ما يستباح اكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٤ س ٨ قال : فاما حيوان الحضر الى قوله : إلا ما كان منه جلالاً.

(٢) المقتعة : باب تطهير الثياب وغيرها من النجاسات ص ١٠ س ١٦ قال : ويغسل الثوب أيضاً من عرق الإبل الجلالة إذا اصابه كما يغسل من سائر النجاسات.

(٣) المقتنع : باب الصيد والذبائح ص ١٤١ س ١٦ قال في نقل حديث : وقال : لا تشرب من لبن الإبل الجلالة وان أصابك شيء من عرقها فاغسله.

(٤) المختلف : ج ٢ ، الفصل الثاني فيما يباح اكله من الحيوان ص ١٢٤ س ٣٢ قال : وقال الصدوق في المقتنع تربط البقرة إلخ ولا يوجد ما نقله في المقتنع ، ولاحظ ما علّق على المقتنع ص ١٤١ تحت رقم ٦.

(٥) لم أظفر على فتوى علي بن بابويه رحمه الله.

(٦) الكافي : في بيان ما يحرم اكله ص ٢٧٧ س ١٨ قال : أو جلالة الغائط إلخ.

(٧) الوسيلة : في بيان أحكام حيوان الحضر ص ٣٥٩ س ١٤ قال : أحدهما عرض له شيء يحرم لحمه الى ان قال : فما يمكن إزالته ان يكون جميع غذائه عذرة الإنسان إلخ.

(٨) المهذب : ج ٢ كتاب الأطعمة والأشربة ، باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٧ س ١١ قال : ومن ذلك ما كان جلالاً الى ولاحظ ما علّق عليه.

(٩) السرائر : باب ما يستباح اكله ص ٣٦٥ س ٣٧ قال : واما حيوان الحضر الى قوله : إلا ما كان منها جلالاً.

(١٠) لاحظ عبارة النافع.

(١١) القواعد : ج ٢ ص ١٥٦ س ٢٥ قال : (فائدة) المحلل من الحيوان قد يعرض له التحريم ، الأول الجلل إلى آخره.

(١٢) المختلف : ج ٢ ، الفصل الثاني فيما يباح اكله من الحيوان وما يحرم ص ١٢٤ س ٣٥ قال : وقال ابن الجنيد : والجلال من سائر الحيوان مكروه اكله إلخ.

من المحرمات. وقال التقي : ما أدمن شرب النجاسات حرم ، حتى يستبرئ عشرة وجلالة الغائط حتى يحبس الإبل والبقر أربعين يوما ، والشاة سبعة أيام ، والبط والدجاج خمسة ، وجلالة ما عدى العذرة من النجاسات حتى يحبس الانعام سبعا والطير يوما وليلة ^(١). فحاصل هذا القول يعطي : أن الجلل عنده ثلاثة أقسام. جلال الغائط ، واستبرأؤه على نحو ما ذكره الأصحاب. وجلال غير الغائط ، فإن كان شربا . بشرط الإدمان ، ويرجع فيه الى العرف . فاستبرأؤه بعشر ، ولم يفصل بين أصناف الحيوان كما فصل في الناقة والبقرة والشاة. وان كان غير شرب بل أكلا ، فيكون بحبس الانعام سبعا من غير تفاوت بين أنواعها ، وان كان طيرا فيوم وليلة من غير تفصيل بين أنواعه. والمشهور اختصاص الجلل بعذرة الإنسان. نعم لو شرب الحيوان بولا ثم ذبح على الأثر غسل ما في جوفه. ولو كان خمر حرم ما في جوفها وأكل اللحم بعد غسله ، وقال ابن إدريس : لا يحرم ذلك بل يكره ، لأصالة الإباحة ^(٢) والباقون على التحريم ^(٣). والمستند موثقة زيد الشحام عن الصادق عليه السلام انه قال : في شاة شربت خمر

(١) الكافي : فصل في بيان ما يحرم اكله ص ٢٧٧ س ١٧ قال : وما أدمن شرب النجاسات إلخ.

(٢) السرائر : باب ما يستباح اكله ، ص ٣٦٦ س ٣ قال : وقد روى انه إذا شرب خمر ، الى قوله : والأصل الإباحة.

(٣) لاحظ النهاية : باب ما يستباح اكله ص ٥٧٥ س ١ قال : وإذا شرب خمر ثم ذبح جاز أكل لحمه بعد ان يغسل بالماء ولا يجوز أكل شيء مما في بطنه. وفي القواعد : ج ٢ ص ١٥٧ س ٧ قال : ولو شرب خمر لم يحرم لحمه ، بل يغسل ويؤكل ولا يؤكل ما في خوفه. وفي الشرائع : (في البهائم) قال : ولو شرب خمر لم يحرم لحمه ، بل يغسل ويؤكل ولا يؤكل ما في خوفه.

حتى سكرت ثم ذبحت على تلك الحال : لا يؤكل ما في بطنها ^(١).

تنبيه

قد تبّهنا ان الجلال هو الذي يتغذى العذرة محضا ، ولكن كم القدر الذي يصير به الحيوان جلالا؟ هل هو أيام متعددة ، أو يوم واحد ، أو أكله واحدة؟
فنقول : نصوص الروايات خالية من هذا التحديد ، وكذلك كتب الأصحاب.
نعم ذكر الشيخ في كتابي الفروع : ان الجلالة هي التي تكون أكثر علفها العذرة ^(٢)
^(٣).

وهذا يشمل ما لو أعتدت في اليوم الواحد مرات متعددة ، وهي تخلط من هذا ومن هذا وتكون العذرة أكثر ، وهذا انما يتمشى على القول بكرهية الجلال ، اما على القول بالتحريم ، فلا يتحقق إلا إذا كان علفها العذرة محضا ، نص عليه الأصحاب ^(٤).
وروي عن سعد بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : سألته عن أكل لحوم الدجاج في الدساكر ^(٥) وهم لا يمنعونها عن شيء ، تمر على

(١) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٤٣ الحديث ١٨١.

(٢) المبسوط : ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨٢ س ٣ قال : الجلالة ، البهيمه التي تأكل العذرة إلى قوله : فان كان هذا أكثر علفها إلخ.

(٣) كتاب الخلاف : كتاب الأطعمة ، مسألة ١٦ قال : الجلالة عبارة عن البهيمه التي تأكل العذرة ، إلى قوله : فان كان هذا أكثر علفها إلخ.

(٤) لاحظ السرائر : باب ما يستباح أكله ص ٣٦٦ س ١ قال : الجلال هو ان يكون غذاؤه أجمع عذرة الإنسان لا يخلطها بغيرها ، وفي المختلف : ج ٢ ص ١٢٧ س ١٧ قال : المشهور عند علمائنا الجلال من الدواب هو الذي يأكل عذرة الإنسان ، فان لم يخلطها بغيرها حرم إلخ.

(٥) الدسكرة بناء على هيئة القصر ، فيه منازل وبيوت الخدم والحشم ، وليست بقرية محضة (مجمع البحرين لغة دسكر).

.....

العذرة مخلى عنها ، وأكل بيضهن؟ فقال : لا بأس به ^(١).

وحملها الشيخ على الخلط ^(٢).

واستشهد على هذا الحمل بما رواه محمد بن يعقوب ، عن محمد بن احمد بن يحيى ، عن محمد بن احمد ، عن الخشاب ، عن علي بن أسباط عمن روى في الجلالات ، لا بأس بأكلهن إذا كنّ يخلطن ^(٣).

قال المصنف قدس الله روحه : وحيث لا تقدير في ذلك فالذي ينقلب ان يخلو من العلف الطاهر ويصير ما يتناوله من العذرة طالبا لألات الغذاء بحيث يتحقق استحالة القدر الذي يتناوله الى شبه الأعضاء ، إذ لا يتحقق التمحض في الغذاء الآ على هذا الوجه ^(٤).
(الثالث) ما يزول به حكم الجلل ، وهو الاستبراء ، ويختلف باختلاف الحيوان. فلنذكر اقسامه.

فالأول الناقة واستبرائها بأربعين يوما ، وهو إجماع.

الثاني البقرة ، وفيه ثلاثة أقوال :

(أ) أربعون قاله الشيخ في المبسوط ^(٥) وتبعه التقي ^(٦).

(١) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٤٦ الحديث ١٩٣ ولاحظ ذيله من الحمل على الخلط.

(٢) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٤٦ الحديث ١٩٣ ولاحظ ذيله من الحمل على الخلط.

(٣) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٤٧ الحديث ١٩٥.

(٤) نكت النهاية (في الجوامع الفقهية) كتاب الصيد والذبائح ص ٤٣٥ س ٢٨ وفيه : (ويصير ما يتناوله من العذرة ماليا الات الغذاء) وكتب فوق كلمة (ماليا) كلمة (كذا) والظاهر ان الصواب ما أثبتناه والله يعلم.

(٥) المبسوط : ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨٢ س ٦ قال : فان كان بدنة أو بقرة أربعين يوما.

(٦) الكافي : فصل في بيان ما يحرم اكله ص ٢٧٧ س ١٨ قال : حتى تحبس الإبل والبقرة أربعين يوما.

(ب) ثلاثون ، قاله الصدوق في الكتابين المقنع^(١) ومن لا يحضره الفقيه^(٢).
 (ج) عشرون قاله الشيخ في النهاية^(٣) والخلاف^(٤) وتبعه القاضي^(٥) وابن حمزة^(٦)
 وابن إدريس^(٧) وبه قال الصدوق في كتابه : وهو في رواية القاسم بن محمد الجوهري^(٨).
 (الثالث) الشاة.

وفيهما أربعة مذاهب.

(أ) عشرون قاله الصدوق في المقنع^(٩).

(ب) أربعة عشر يوما ، حكاه أبو علي على رواية^(١٠).

(١) المختلف : الفصل الثاني فيما يباح أكله من الحيوان وما يحرم ص ١٢٤ س ٣٢ قال : وقال الصدوق في المقنع تربط البقرة ثلاثين يوما إلخ. ولم أعر عليه في المقنع ، ولاحظ المقنع ص ١٤١ ما علّق عليه تحت رقم (٦).
 (٢) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (٩٦) باب الصيد والذبائح ص ٢١٤ قطعة من حديث ٨١.
 (٣) النهاية : باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٤ س ١٥ قال : والبقر بعشرين يوما.

(٤) كتاب الخلاف : كتاب الأطعمة ، مسألة ١٦ قال : والبقرة بعشرين يوما.

(٥) المهذب : ج ٢ باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٧ س ١٢ قال : والبقر بعشرين يوما.

(٦) الوسيلة : فصل في بيان احكام حيوان الحضر ص ٣٥٩ س ١٨ قال : وان كان بقرا وربطه بعشرين يوما الى قوله : زال حكم الجلل.

(٧) السرائر : باب ما يستباح أكله ص ٣٦٦ س ٢ قال : والبقر منه بعشرين يوما.

(٨) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (٩٦) باب الصيد والذبائح ص ٢١٤ الحديث ٨٢ ولفظ الحديث (وفي رواية القاسم بن محمد الجوهري : أن البقرة تربط بعشرين يوما ، والشاة تربط عشرة أيام ، والبطّة تربط ثلاثة أيام).

(٩) المختلف : ج ٢ ، الفصل الثاني فيما يباح أكله من الحيوان وما يحرم ص ١٢٤ س ٣٢ قال : وقال الصدوق في المقنع : والشاة بعشرين يوما ، ولاحظ المقنع ص ١٤١ ما علّق عليه تحت رقم (٦).

(١٠) المختلف : ج ٢ ، الفصل الثاني فيما يباح أكله من الحيوان وما يحرم ص ١٢٤ س ٣٥ قال : وقال

(ج) عشرة أيام قاله الشيخ في النهاية ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) وابن حمزة ^(٣) وابن زهرة ^(٤) وقال في الخلاف : عشرة أو سبعة ^(٥).

(د) سبعة أيام قاله الشيخ في المبسوط ^(٦) وتبعه التقي ^(٧) وجعله ابن زهرة رواية ^(٨).
(الرابع) البطة.
وفيه قولان.

(أ) خمسة أيام قاله الشيخ في النهاية ^(٩) والتقي ^(١٠) وحكاه أبو علي على رواية ^(١١).

-
- ابن الجنيدي : الى قوله : وقد روي ان الشاة بعد أربعة عشر يوما ، والبطة بعد خمسة أيام.
- (١) النهاية : باب ما يستباح اكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٤ س ١٦ قال : والشاة بعشرة أيام.
- (٢) المذهب : ج ٢ باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٧ س ١٣ قال : والشاة بعشرة أيام.
- (٣) الوسيلة : فصل في بيان أحكام حيوان الحضر ص ٣٥٩ س ١٨ قال : وان كان غنما وربطه عشرة أيام إلخ.
- (٤) الغنية (في الجوامع الفقهية) فصل في الصيد والذبائح ص ٦١٨ س ٣٠ قال : والشاة عشرة أيام وروي سبعة ، والدجاج خمسة أيام وروي في الدجاج ثلاثة أيام.
- (٥) كتاب الخلاف : كتاب الأطعمة ، مسألة ١٦ قال : والشاة عشرة أيام أو سبعة أيام.
- (٦) المبسوط : ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨٢ س ٧ قال : وان كانت شاة فسبعة أيام.
- (٧) الكافي : فصل في بيان ما يحرم اكله ص ٢٧٧ س ١٩ قال : والشاة سبعة أيام.
- (٨) تقدم أنفا تحت رقم (٧).
- (٩) النهاية : باب ما يستباح اكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٨ س ٤ قال : وتستبرأ البطة بخمسة أيام.
- (١٠) الكافي : فصل في بيان ما يحرم اكله ص ٢٧٧ س ١٩ قال : والبط والدجاج خمسة أيام ، وروي في الدجاج خاصة بثلاثة أيام.
- (١١) تقدم أنفا تحت رقم (٣)

(ب) ثلاثة أيام قاله الصدوق في المقتنع^(١) ورواه في كتابه عن القاسم بن محمد الجوهري^(٢).

(الخامس) الدجاج.

وفيه ثلاثة أقوال :

(أ) خمسة أيام قاله التقي^(٣) وابن زهرة^(٤) وجعلوا الثلاث رواية^(٥) ^(٦).

(ب) ثلاثة أيام قاله الشيخ^(٧) وبه قال الصدوق^(٨) والقاضي^(٩) وابن حمزة^(١٠) وابن إدريس^(١١).

(ج) سبعة أيام حكاه في المبسوط^(١٢) ويوما إلى الليل حكاه الصدوق في المقتنع

(١) المختلف : ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ، الفصل الثاني فيما يباح أكله من الحيوان وما يحرم ص ١٢٤ س ٣٢ قال : وقال الصدوق : الى قوله : والبطه تربط ثلاثة أيام والدجاجة ثلاثة أيام.

(٢) تقدم أنفا تحت رقم (١).

(٣) تقدم تحت رقم (١٣).

(٤) تقدم تحت رقم (١٣).

(٥) تقدم أنفا تحت رقم (٧).

(٦) تقدم أنفا تحت رقم (٧).

(٧) النهاية : باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٨ س ٥ قال : والدجاجة بثلاثة أيام.

(٨) المختلف : ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٤ س ٣٢ قال : وقال الصدوق في المقتنع الى قوله : والدجاجة ثلاثة أيام ، ولاحظ المقتنع ص ١٤١ ما كتب تحت رقم (٦).

(٩) المهذب : ج ٢ باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٨ س ٣ قال : والدجاج وما يجري مجراه بثلاثة أيام.

(١٠) الوسيلة : فصل في بيان أحكام حيوان الحضر ص ٣٥٩ س ١٩ قال : وان كان دجاجا وربطه ثلاثة أيام زال حكم الجلل والتحریم عنه.

(١١) السرائر : باب ما يستباح أكله ص ٣٦٦ س ٣ قال : والدجاجة بثلاثة أيام.

(١٢) المبسوط : ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨٢ س ٧ قال : وقيل : سبعة.

رواية (١).

(السادس) السمك.

وفيه قولان :

(أ) يوما وليلة قاله الشيخ في النهاية (٢) وهو في حديث يونس عن الرضا عليه السلام

(٣).

(ب) يوما الى الليل قاله الصدوق في المقنع (٤) وروى في السمك يوما الى الليل ،

وجعله فيمن لا يحضره الفقيه رواية (٥).

تنبيه

قد أطبق الأصحاب على ان الاستبراء بعلف طاهر وهل يعتبر الطهارة من النجاسة؟ أو يكفي ان يكون طاهرا بالأصل وان عرض له التحجيس؟ يحتمل الأول ، لو رُود النص بإطعامه علفا طاهرا ، وهو حقيقة في الطاهر بالفعل ، وما كان طاهرا في أصله وعرضت له النجاسة لا يصدق عليه انه طاهر إلا بحسب الجواز ، ولأن الأصل بقاء التحريم الى تعيين سبب الحل ، وهو مجهول. ويحتمل الثاني لصدق

(١) المختلف : ج ٢ الفصل الثاني فيما يباح أكله ص ١٢٤ س ٣٢ قال : وقال الصدوق في المقنع : الى قوله : وروى يوم الى الليل ، والسمك الجلال تربط يوما الى الليل.

(٢) النهاية : باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٦ س ١٠ قال : إلا بعد ان تستبرأ يوما إلى الليل.

(٣) الكافي : ج ٦ باب لحوم الجلالات وبيضهن والشاة تشرب الخمر ص ٢٥٢ قطعة من حديث ٩ وفيه (ينتظر به يوما وليلة).

(٤) تقدم آنفا تحت رقم (١١).

(٥) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (٩٦) باب الصيد والذبائح ص ٢١٤ قطعة من حديث ٨٣ وفيه (والسمك الجلال يربط يوما الى الليل في الماء).

ويؤكل من الوحشية البقر ، والكباش الجبلية ، والحمر ، والغزلان ، واليحمير .
ويحرم كل ماله ناب ، وضابطه : ما يفترس كالأسد ، والثعلب ، ويحرم الأرنب ،
والضب واليربوع . والحشار : كالفأرة ، والقنفذ ، والحية ، والخنافس ، والصراصير ، وبنات
وردان ، والقمل .
(القسم الثالث) : في الطير : ويحرم منه ما كان سبعا كالبازي ، والرخمة . وفي الغراب
روايتان والوجه : الكراهية . ويتأكد في الأبقع .

الطهارة في الجملة ، ولا يشترط بقاء المعنى في صدق الاشتقاق على الأظهر عند الأصوليين ،
والأول اختيار فخر المحققين ^(١) لأن المأمور العلف بالطاهر ، فاذا أتى بالنجس لم يكن
ممتثلاً .

قال طاب ثراه : وفي الغراب روايتان ، والوجه : الكراهية ، ويتأكد في الأبقع .
أقول : المشهور عند علمائنا ان الغراب على أربعة أضرب .
(الأول) الكبير الأسود الذي يسكن الجبال والخرابن ويأكل الجيف .
(الثاني) الأبقع ^(٢) .
(الثالث) الزاغ ، وهو غراب الزرع ، صغير أسود ^(٣) .
(الرابع) العذاف ، وهو أصغر منه أغبر اللون كالرماد ^(٤) .

(١) الإيضاح : ج ٤ كتاب الأطعمة والأشربة ص ١٥٠ س ٥ قال : ويطعم علفا طاهرا .
(٢) يقع الغراب بقعا من باب تعب اختلف لونه فهو ابقع وجمعه بقعان بالكسر غلب فيه الاسمية (مجمع البحرين
لغة بقع) .
(٣) الزاغ من أنواع الغربان يقال له الزرعى ، وغراب الزرع ، وهو غراب اسود صغير ، وقد يكون محمر المنقار
والرجلين ، ويقال له : غراب الزيتون ، لأنه يأكله ، وهو لطيف الشكل حسن المنظر (حياة الحيوان ، ج ٢ ص ٢
باب الزاي) .
(٤) الغداف : غراب الغيظ وجمعه غدافان بكسر الغين المعجمة ، وقال ابن فارس : الغداف ، هو

.....

والبحث في ثلاثة أمور.

(الأول) في تحليلها ، وفيه ثلاثة أقوال :

(أ) اباحة الجميع على كراهية قاله الشيخ في النهاية ^(١) والاستبصار ^(٢) وتبعه القاضي

(٣).

والمعتمد رواية زرارة عن أحدهما عليهما السلام انه قال : ان أكل الغربان ليس بحرام ،
انما الحرام ما حرمه الله في كتابه ، ولكن الأنفس تتنزه عن كثير من ذلك تقزرا ^(٤) وأصالة
الإباحة.

(ب) تحريم الجميع قاله الشيخ في الكتابين ^(٥) ^(٦) واختاره العلامة ^(٧) وفخر المحققين

(٨).

الغراب الضخم (حياة الحيوان ج ٢ ص ١٧٢) باب الغين المعجمة.

(١) النهاية : باب ما يستباح اكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٧ س ١٨ قال : ويكره أكل
الغربان إلخ.

(٢) الاستبصار : ج ٤ (٤٢) باب كراهية لحم الغراب ص ٦٦ س ٨ فإنه بعد نقل الأخبار الدالة على المنع قال
: الوجه ان نحملها على رفع الحظر وان كان مكروها.

(٣) المهذب : ج ٢ باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٩ س ٢ قال : واما المكروهة إلى قوله : والغراب.

(٤) الاستبصار : ج ٤ (٤٢) باب كراهية لحم الغراب ص ٦٦ الحديث ٣.

(٥) المبسوط : ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨١ س ١٦ قال : فالمستحب ما يأكل الخبائث إلى قوله : فكلّها
حرام ، وهي النسر والغراب إلخ.

(٦) كتاب الخلاف : كتاب الأطعمة مسألة ١٥ قال : الغراب كله حرام على الظاهر في الروايات.

(٧) القواعد : ج ٢ ، المطلب الثالث في الطير ص ١٥٦ س ١٦ قال : واما الغراب الى قوله في الزاء والغداف :

ففي تحريمهما خلاف ، وقال في المختلف ص ١٢٦ س ٢٦ : والمعتمد تحريم الجميع.

(٨) الإيضاح : ج ٤ ص ١٤٧ س ١١ قال : بعد نقل قول المختلف : وهو الأصح عندي.

والمعتمد صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن الغراب الأبقع والأسود أيحل أكله؟ فقال : لا يحل شيء من الغربان زاغ ولا غيره^(١).
قال في المبسوط : ما لا مخلب له مستخبث وغير مستخبث ، فالمستخبث يأكل الخبائث كالميتة ونحوها ، وكلها حرام ، وهو النسر والرخمة والبغاث والغراب ونحو ذلك عندنا وعند جماعة. فروي ان النبي صلى الله عليه وآله اتي بغراب فسماه فاسقا ، وقال : والله ما هو من الطيبات^(٢) (٣).

(ج) تحليل الزاغ منها وتحريم البواقي ، قاله ابن إدريس^(٤).

(الثاني) في تحقيق تقسيمها إلى الأربعة المذكورة.

وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٥) والمصنف^(٦) والعلامة^(٧).

وقال ابن إدريس : الغربان على أربعة أضرب ، ثلاثة منها لا يجوز أكلها ، وهي

(١) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ١٨ الحديث ٧٣.

(٢) سنن ابن ماجه : ج ٢ ، كتاب الصيد ص ١٠٨٢ (١٩) باب الغراب ، الحديث ٣٢٤٨ بأدنى تفاوت في العبارة.

(٣) المبسوط : ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨١ س ١٦ قال : فأما ما لا مخلب له فعلى ضربين : مستخبث وغير مستخبث إلخ.

(٤) السرائر : باب ما يستباح أكله ص ٣٦٧ س ٢١ قال : فاما الرابع فهو غراب الزرع الى قوله : فإن أظهر من المذهب انه يؤكل على كراهية.

(٥) المبسوط : ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨١ س ١٩ قال : والغراب على أربعة أضرب إلخ.

(٦) الشرائع : كتاب الأطعمة والأشربة (في الطير) قال : وقيل : يحرم الأبقع ، والكبير الذي يسكن الجبال ، ويحل الزاغ والغذاف.

(٧) القواعد : ج ٢ في الأطعمة والأشربة ص ١٥٦ س ١٦ قال : واما الغراب فيحرم منه الأسود الكبير إلخ.

.....

الغداف الذي يأكل الجيف ويفرس ويسكن الخرابات ، وهو الكثير من الغربان السود ، وكذلك الأغبر الكبير لأنه يفرس ويصيد الدراج ، فهو من جملة سباع الطير ، وكذلك لا يجوز أكل لحم الأبقع الذي يسمى العقعق طويل الذنب ، فأما الرابع غراب الزرع الصغير من الغربان السود الذي يسمى الزاغ بالزاء المعجمة والغين المعجمة ، فإن الأظهر من المذهب انه يؤكل على كراهية ^(١).

فقد خالف المشهور في موضعين.

(أ) في تسمية الكبير الساكن الخربان بالغداف مع وفاقه على وصفه : بأنه كبير اسود ساكن الجبال.

(ب) في الأغبر جعله كبيراً أيضاً يفرس ويصيد الدراج ، والمشهور ان الأغبر هو المسمى الغداف ، وليس كبيراً بل هو أصغر من الزاغ ، وأما الأبقع الذي أطلق الأصحاب ذكره فسماه بالعقعق وشخصه بطويل الذنب.

(الثالث) في حصر أقسام الغراب في أربعة ، هو المشهور في كتب الفقهاء ، وقد شاهدناه خمسة أنواع.

(أ) الزاغ : وهو غراب الزرع ، الأسود الصغير ، يأتي بلادنا أول الشتاء ويقوم حتى الربيع.

(ب) الأغبر الرمادي المسمى بالغداف في المشهور ، وهو مقيم في بلادنا دائماً.

(ج) الأبقع : وهو أكبر منه في القد يسيرا ، وأنقى بياضاً منه ، وهو المسمى بالأبقع ، ويسميه العامة البقيع.

(د) الأبقع : شديد البياض بقدر الغداف ، طويل الذنب ، وهو المسمى

(١) السرائر : باب ما يستباح أكله ص ٣٦٧ س ١٩ قال : والغربان على أربعة أضرب إلى قوله : فإن الأظهر من المذهب انه يؤكل على كراهية.

ويحرم من الطير ما كان صفيفه أكثر من دفيغه ، وما ليس له قانصة ، ولا حوصلة ، ولا صيصية.

ويحرم الخفاش والطاوس. وفي الخطاف تردد ^(١) والكراهية أشبه.

ويكره الفاخنة ، والقبرة ، وأغلظ من ذلك كراهية الهدهد ، والصرذ ، والصوام ، والشقراق.

ولو كان أحد المحللة جلالاً حرم حتى يستبرأ ، فالبطة وما أشبهها بخمسة أيام. والدجاجة ثلاثة أيام.

ويحرم الزنابير ، والذباب ، والبق ، والبرغوث ، وبيض ما لا يؤكل لحمه. ولو اشتبه أكل منه ما اختلف طرفاه وترك ما اتفق.

بالعقق. وهذه الثلاثة الأخيرة مقيمة في بلادنا دائماً.

(هـ) الكبير الأسود الذي يسكن الخربان ، وقد رأيت به بأرض سر من رأى مجاوراً ، وفي بعض قباب المقابر.

فهذه خمسة أقسام شاهدناها ، وأطلق الأصحاب أنها أربعة ، ولعلمهم أرادوا بالأبقع ألا غم من العقق ومساويه ، لكن اختلفا في طول الذنب وصغر العقق فإنه بقدر الغداف ، أو أصغر منه.

قال طاب ثراه : وفي الخطاف روايتان ، والكراهية أشبه.

أقول : الخطاف طائر صغير أسود في قدر العصفور يأتي العراق من دواخل البحر ، في أواخر القر ويقم به حتى تبيض وتفرخ ثم يفصل وقد استوى أولادها للطيران ، فيذهب جميعاً في أول سمايم الحر.

(١) هكذا في النسخة المطبوعة من النافع وفي النسخ المخطوطة من المهذب (وفي الخطاف روايتان) كما أثبتناه.

وعن النبي صَلَّى الله عليه وآله : استوصوا بالصنينات فإنهن لا يؤذين شيئا^(١).
وفي حديث آخر : انهن انس طير بالناس^(٢).
وفي تحريمها خلاف بين الأصحاب ، فالمفيد على الإباحة^(٣) وكذا المصنف^(٤)
والعلامة^(٥).

والشيخ في النهاية على التحريم^(٦) وتبعه القاضي^(٧) وابن إدريس^(٨).
احتج الأولون : بأصالة الإباحة. وبصحيحة زرارة قال : والله ما رأيت مثل أبي جعفر
قط ، قال : سألته قلت : أصلحك الله ما يؤكل من الطير؟ قال : كل ما دف ولا تأكل ما
صف^(٩).

ومثلها رواية سماعة بن مهران عن الرضا عليه السلام^(١٠) والخطاف مما يدف.

-
- (١) الكافي : ج ٦ كتاب الصيد ص ٢٢٣ باب الخطاف الحديث ٢.
(٢) الكافي : ج ٦ كتاب الصيد ص ٢٢٤ باب الخطاف ذيل حديث ٢ وفيه (انهن انس طير الناس بالناس).
(٣) المقنعة : باب الصيد والرمية ص ٨٩ س ٨ قال : ويحرم من الطير ما يصف ويحل منه ما يدف إلخ ولم يزد
على ذلك ولم يتعرض لخصوص الخطاف ، وقال في المختلف ص ١٢٦ س ٣٣ بعد نقل عبارة المقنعة ما لفظه :
(وهو يقتضي إباحة أكل الخطاف عنده لأن دفيقه أكثر).
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) المختلف : ج ٢ ص ١٢٦ س ٣٤ قال : والمعتمد الجواز على كراهية.
(٦) النهاية : باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٧ س ١٩ قال : ولا يجوز
أكل الخطاف.
(٧) المهذب : ج ٢ باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٩ س ١ قال : والخطاف ، أي مما يحرم.
(٨) السرائر : باب ما يستباح أكله ص ٣٦٧ س ٢٧ قال : ولا يجوز أكل الخطاف.
(٩) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ١٦ قطعة من حديث ٦٣.
(١٠) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ١٦ قطعة من حديث ٦٥ والحديث عن الصادق عليه
السلام.

مسألان :

(الأولى) إذا شرب المحلل لبن الخنزيرة كره. ولو اشتد به عظمه حرم لحمه ولحم نسله.
(الثانية) لو شرب خمرا لم يحرم ، بل يغسل ، ولا يؤكل ما في جوفه. ولو شرب بولا لم يحرم وغسل ما في جوفه.
(القسم الرابع) في الجامد ، وهو خمسة.

وبموثقة عمار بن موسى عن الصادق عليه السلام في الرجل يصيب خطافا في الصحراء ويصيده ، يأكله؟ فقال : هو ممّا يؤكل ، وعن الوبر تؤكل ، قال : لا هو حرام^(١).
ولأن ذرقهن طاهر ، فيكون لحمه حلالا.
لما رواه عمار بن موسى في كتابه عن الصادق عليه السلام قال : خمر الخطاف لا بأس به ، وهو ممّا يحل أكله ، ولكن كره أكله لأنه استجار بك^(٢).
وروي في منزلك ، وكل طير استجار بك فأجره^(٣).
احتج المحرّمون بما رواه الحسن بن داود الرقي قال : بينا نحن قعود عند أبي عبد الله عليه السلام إذ مرّ رجل بيده خطاف مذبوح ، فوثب إليه أبو عبد الله عليه السلام حتى أخذه من يده ثم رمى به ، ثمّ قال : أعمالكم أمركم بهذا أم فقيهمكم؟! لقد أخبرني أبي عن جدي ان رسول الله صلّى الله عليه وآله نهى عن قتل الستة : النحلة ، والنملة ، والضفدع ، والصرد ، والمهدد ، والخطاف^(٤).

(١) الاستبصار : ج ٤ ص ٦٦ (٤٣) باب كراهية لحم الخطاف الحديث ٥.

(٢) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٦٩ الحديث ٢٣ و ٢٤ ولاحظ ما علّق عليه ، وبمضمونه ما أورده في التهذيب

ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة الحديث ٨٠ ص ٨١ س ٤ فلاحظ.

(٣) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٦٩ الحديث ٢٣ و ٢٤ ولاحظ ما علّق عليه ، وبمضمونه ما أورده في التهذيب

ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة الحديث ٨٠ ص ٨١ س ٤ فلاحظ.

(٤) التهذيب : ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٢٠ الحديث ٧٨.

(الأول) الميتات : والانتفاع بها محرم ، ويجل منها ما لا تحله الحيات إذا كان الحيوان طاهرا في حال الحياة. وهو عشرة.

الصوف ، والشعر ، والوبر ، والريش ، والقرن ، والعظم ، والسن ، والظلف ، والبيض إذا اكتسى القشر الأعلى ، والانفحة ، وفي اللبن روايتان ، والأشبه التحريم.

والجواب : المنع من القتل ، اما على سبيل الكراهة ، أو التحريم لا يدل على تحريم الأكل.

قال طاب ثراه : وفي اللبن روايتان والأشبه التحريم.

أقول : يريد اللبن المحلوب من الحيوان الميت هل حلال أم لا؟

ذهب الشيخ في النهاية وكتابي الاخبار الى تسويغه ^(١) ^(٢) ^(٣) وبه قال الصدوق ^(٤) والمفيد ^(٥) وابن حمزة ^(٦) ، وجعله القاضي مكروها ^(٧) وذهب ابن

(١) النهاية : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة وحكم البيض والجلود ص ٥٨٥ س ١١ قال : ويجل من الميتة إلى قوله : واللبن.

(٢) الاستبصار : ج ٤ ص ٨٨ (٥٤) باب ما يجوز الانتفاع به من الميتة الحديث ١ و ٢.

(٣) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٧٦ الحديث ٥٩.

(٤) الهداية : ص ٧٩ (١٣٤) باب الأشياء التي هي من الميتة ذكية ، قال : عشرة أشياء إلى قوله : واللبن.

(٥) المقنعة : باب الذبائح والأطعمة ص ٩٠ س ١٠ قال : وما يوجد من اللبن في ضروع الميتة.

(٦) الوسيلة : فصل في بيان ما يحرم من الذبيحة ويجل من الميتة وحكم الجلود والبيض ص ٣٦١ س ٢١ قال : ويجل من الميتة إلى قوله : والانفحة واللبن.

(٧) المهذب : ج ٢ باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٣٠ س ٤ قال : واما المكروه من ذلك الى قوله : وكل لبن يوجد في ضرعها ، أي الميتة.

(الثاني) ما يحرم من الذبيحة ، وهو خمسة : القضيب ، والأنثيان ، والطحال ، والفَرْث ، والدم.

وفي المثانة والمرارة تردد ، أشبهه التحريم للاستنباط.

إدريس إلى تحريمه ^(١) لنجاسته ، وهو مذهب أبي يعلى ^(٢) وظاهر أبي علي ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) لانفصاله عن محل نجس العين ، فانفعل بنجاسته ، وكل نجس حرام. ولما رواه وهب بن وهب عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام عن علي عليهم السلام انه سئل عن شاة ماتت وحلب منها لبن فقال على عليه السلام ذلك الحرام محضاً ^(٦) ، احتج الشيخ برواية زرارة عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الانفحة يخرج من الجدي الميت ، قال : لا بأس ، قلت : اللبن يكون في ضرع الشاة وقد ماتت قال : لا بأس ^(٧).

وحمل على ما إذا قاربت الشاة للموت ، أو على التقية لأنه مذهب العامة.

قال طاب ثراه : وفي المثانة والمرارة تردد ، والأشبه التحريم للاستنباط.

أقول : بتحريمهما قال ابن إدريس ^(٨) والمرضى حرم المثانة ^(٩).

(١) السرائر : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٣٦٩ س ٢٠ قال : اما اللبن فإنه نجس بغير خلاف عند المحصلين من أصحابنا إلخ.

(٢) المراسم : ذكر الأشربة ص ٢١١ س ١١ قال : ولا تؤكل البان الميتة التي توحيد في ضروعها بعد الموت

(٣) المختلف : ج ٢ ، الفصل الرابع ، ص ١٣١ س ٣ قال : وقال ابن الجنيد : ولا خير فيما يعصر من حلقة الديس من اللبن بعد الموت الى ان قال : والمعتمد التحريم.

(٤) المختلف : ج ٢ ، الفصل الرابع ، ص ١٣١ س ٣ قال : وقال ابن الجنيد : ولا خير فيما يعصر من حلقة الديس من اللبن بعد الموت الى ان قال : والمعتمد التحريم.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٧٦ الحديث ٦٠ و ٥٩

(٧) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٧٦ الحديث ٦٠ و ٥٩

(٨) السرائر : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٣٦٩ س ١٠ قال : يحرم من الغنم الى قوله : والمرارة ، إلى قوله : والمثانة.

(٩) الانتصار : في الذبائح ص ١٩٧ س ٩ قال : مسألة ومما انفردت به الإمامية تحريم الى قوله : والمثانة.

والحاصل ان الشيخ في النهاية عدّا المحرمات من الذبيحة أربعة عشر : الدم ، والفرث ، والطحال ، والمرارة ، والمشيمة ، والفرج ظاهره وباطنه ، والقضيب ، والأنثيان ، والنخاع ، والعلبا ، والغدد ، وذات الأشجاع ، والحدق ، والخرزة تكون في الدماغ^(١).

وزاد ابن إدريس فيه المثانة^(٢) وهو اختيار العلامة في القواعد جزماً^(٣) ولم يذكر المفيد سوى الطحال والقضيب والأنثيين^(٤) ولم يتعرض لغيرها ، وكذا سلالر^(٥) وقال أبو علي : يكره من الشاة أكل الطحال والمثانة والغدد والنخاع ، والرحم والقضيب والأنثيين^(٦) ولم ينص على التحريم ، وان كان لفظ (يكره) قد يستعمل في التحريم أحياناً ، وقال التقى : يكره النخاع والعروق والمرارة وحبة الحدقة وخرزة الدماغ^(٧) وقال العلامة في المختلف عند ما أورد من الاخبار ما يدل على مطلوب الشيخ ونحوه : وهذه الاخبار لم تثبت عندي

(١) النهاية : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة وحكم البيض والجلود ص ٥٨٥ س ٧ قال : يحرم الى قوله : والخرزة تكون في الدماغ.

(٢) السرائر : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة وحكم البيض والجلود ص ٣٦٩ س ١٠ قال : يحرم الى قوله : والمثانة.

(٣) القواعد : ج ٢ ص ١٥٧ س ١٦ قال : الثاني يحرم من الذبيحة الدم والفرث والطحال والقضيب والأنثيان والمثانة

(٤) المقنعة : باب الذبائح والأطعمة ص ٩٠ س ٧ قال : ولا يؤكل من الانعام الطحال ولا يؤكل القضيب والأنثيان.

(٥) المراسم : ذكر الأطعمة ص ٢١٠ س ٧ قال : ولا يؤكل الطحال ولا القضيب ، ولا الأنثيان.

(٦) المختلف : ج ٢ فيما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ١٣٠ س ٣٢ قال : وقال ابن الجنيد : ويكره من الشاة إلخ.

(٧) الكافي : فصل فيما يكره اكله وشربه ص ٢٧٩ س ٧ قال : يكره أكل الكليتين والنخاع الى قوله : وخرزة الدماغ.

رجالها ، فالأقوى الاقتصار في التحريم على الطحال والدم والقضيب والفرث والأنثيين والفرج والمثانة والمرارة والمشيمة ، والكراهة في الباقي ، عملاً بأصالة الإباحة ، وبعموم ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بِهِمَةُ الْأَنْعَامِ﴾^(١) ﴿فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾^(٢) (٣) والأقرب اختيار ابن إدريس لقوله تعالى ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾^(٤)

(تفسير)

الفرث الروث في جوف الذبيحة ، والطحال مجمع الدم الفاسد. والمرارة مجمع المرة الصفراء معلقة مع الكبد شبه الكيس. والمشيمة بيت الأولاد ، ويسمى الغرس بالغين المعجمة المكسورة.

(شعر)

يتركن في كل مناخ ابس. كل جنين مشعر في غرس^(٥).
والفرج الحيا ظاهره وباطنه ، والقضيب والذكر واحد ، والأنثيان البيضتان ، والنخاع بحركات النون الثلاث ، الخيط الأبيض في وسط الظهر ، وهو الخيط الذي ينظم خرز السلسلة في وسطها ، أي وسط الخرز ، ويسمى الوتين ، لا قوام للحيوان بدونه. والعلباء بالعين المهملة المكسورة ، واللام الساكنة ، والباء الموحدة المفتوحة ،

(١) سورة المائدة / ١ .

(٢) سورة الانعام / ١١٨ .

(٣) المختلف : ج ٢ فيما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ١٣٠ س ٣٩ قال : وهذه الاخبار لم يثبت عندي صحة رجالها إلخ.

(٤) سورة الأعراف / ١٥٧ .

(٥) أورده في لسان العرب ج ٦ لغة (غرس).

وفي الفرج والعلباء والنخاع وذات الأشجاع والغدد وخرزة الدماغ والحدق خلاف
أشبهه الكراهية ، وتكره الكلى والقلب والعروق. وإذا شوي الطحال مثقوبا فما تحته حرام^(١)
والا فهو حلال.

والالف الممدودة ، عصبتان عريضتان ممدودتان من الرقبة إلى عجب الذنب : والغدد معروفة
، وأكثر ما يكون في الشحم. والأكارع وذات الأشجاع أصول الأصابع التي تتصل بعصب
ظاهر الكف.

قال لبيد يهجو زيدا :

وانه يدخل فيها إصبعه يدخلها حتى توارى أشجعه^(١).

والحدق : المراد به حبة الحدقة ، وهو الناظر من العين ، لا جسم العين كله.
هذا مما يذبح ، سواء عظم كالجزور ، أو صغر كالعصفور ، ولا يحرم ذلك من غير
المذبوح كالسمك والجراد ، فيحرم أكل رأس العصفور جملة ان قلنا بتحريم الخرزة والحدق إلا
مع اتقائهما. وخرزة الدماغ المراد بها المخ الكائن في وسط الدماغ شبه الدودة. والمثانة بالشاء
المنقطة ثلاثا ، مجمع البول ومحقته.

قال طاب ثراه : وفي الفرج والعلباء ، وخرزة الدماغ والحدق خلاف : أشبهه الكراهية.

أقول : بتحريم الكل قال ابن إدريس^(٢) وتبعه العلامة في القواعد^(٣) وهو

(١) الأشجاع عروق ظاهر الكف ، وهو مغرز الأصابع ، ومنه قول لبيد : يدخلها حتى يوارى أشجعه (لسان
العرب ج ٨ ص ١٧٤ لغة شجع).

(٢) السرائر : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٣٦٩ س ١٠ قال : يحرم من الغنم والبقر والإبل إلى
قوله الدم والفرث إلخ.

(٣) القواعد : ج ٢ في الأطعمة والأشربة ص ١٥٧ س ١٦ قال : (الثاني) يحرم من الذبيحة الدم والفرث
والطحال والقضيب إلخ.

مذهب الشيخ في النهاية ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) وابن حمزة ^(٣) ولم يذكر ذلك المفيد ^(٤) وتلميذه ^(٥).

وقال الصدوق : في الشاة عشرة أشياء لا تؤكل : الفرث ، والدم ، والنخاع ، والطحال والغدد ، والقضيب ، والأنثيان ، والرحم ، والحياء ، والأوداج ^(٦) والمراد بالرحم المشيمة وروي العروق. ولم يزد السيد على الطحال والقضيب والخصيتين والرحم والمثانة ^(٧). وأبو علي قال : بكراهة الجميع ^(٨) واختار المصنف الكراهة ^(٩).
والأولى التحريم في الجميع لاستحبابها ، وهو علة في الحرمة.

(١) النهاية : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٥٨٥ س ٧ قال : يحرم من الإبل والبقر والغنم الى قوله : الدم والفرث إلخ.

(٢) المهذب : ج ٢ باب ما يحل من الذبائح وما يحرم منها ص ٤٤١ س ٦ قال : فإنه يحرم منه الطحال والمشيمة والفرث والقضيب والمرارة إلخ.

(٣) الوسيلة : فصل في بيان ما يحرم من الذبيحة ويحل من الميتة ص ٣٦١ س ١٨ قال : يحرم من الذبيحة أربعة عشر إلخ.

(٤) المقنعة : باب الذبائح والأطعمة ص ٩٠ س ٧ قال : ولا يؤكل من الانعام الطحال ، ولا يؤكل القضيب والأنثيان.

(٥) المراسم : ذكر الأطعمة ص ٢١٠ س ٧ قال : ولا يؤكل الطحال ولا القضيب ولا الأنثيان.

(٦) المقنع : باب الصيد والذبائح ص ١٤٣ س ٨ قال : واعلم ان في الشاة عشرة أشياء لا تؤكل إلخ ولعل ما أشار إليه بقوله : (وروي العروق) ما رواه في المستدرک ج ١٦ باب ما يحرم من الذبيحة وما يكره منها ص ١٨٩ الحديث ٢.

(٧) الانتصار : (في الذبائح) ص ١٩٧ س ٩ قال : مسألة. ومما انفردت به الإمامية تحريم أكل الطحال والقضيب والخصيتين والرحم والمثانة.

(٨) المختلف : ج ٢ (الفصل الرابع) فيما يحل أكله ص ١٣٠ س ٣٢ قال : وقال ابن الجنيدي : ويكره من الشاة إلخ.

(٩) لاحظ عبارة النافع.

(الثالث) الأعيان النجسة : كالعذرات ، وما أبين من حيّ ، والعجين إذا عجن بالماء النجس ، وفيه رواية بالجواز بعد خبزه ، لأن النار قد طهرته .
(الرابع) الطين : وهو حرام الآ طين قبر الحسين عليه السّلام للاستشفاء ولا يتجاوز قدر الحمصة .

قال طاب ثراه : والعجين إذا عجن بالماء النجس ، وفيه رواية بالجواز بعد خبزه ، لأن النار قد طهرته .
أقول : العجين بالماء النجس هل يطهر بخبزه؟ قال الشيخ في باب المياه من النهاية : نعم ^(١) وقال في كتاب الأطعمة منها : بالمنع ^(٢) .
قال طاب ثراه : الطين ، وهو حرام الآ طين قبر الحسين عليه السّلام للاستشفاء ، ولا تتجاوز قدر الحمصة .
أقول : ذهب ابن إدريس إلى تحريم التناول إلّا عند الحاجة ^(٣) وأجاز الشيخ في المصباح الإفطار عليه في عيد الفطر ^(٤) .
 واحتج العلامة إلى قول ابن إدريس بعموم النهي عن أكل الطين مطلقا ^(٥)

-
- (١) النهاية : باب المياه وأحكامها ص ٨ س ١٠ قال : فان استعمل شيء من هذه المياه النجسة في عجين الى قوله : لان النار قد طهرته .
(٢) النهاية : باب الأطعمة المحظورة والمباحة ص ٥٩٠ س ١٠ قال : وإذا نجس الماء الى قوله : ثم عجن به وخبز منه لم يجز أكل ذلك الخبز .
(٣) السرائر : باب الأطعمة والأشربة ص ٣٧١ س ٢٤ قال : ولا يجوز أكل شيء من الطين الى قوله : ولا الإفطار عليه يوم الفطر على ما ذهب اليه شيخنا أبو جعفر في مصباحه إلخ ولم نعثر عليه في المصباح .
(٤) السرائر : باب الأطعمة والأشربة ص ٣٧١ س ٢٤ قال : ولا يجوز أكل شيء من الطين الى قوله : ولا الإفطار عليه يوم الفطر على ما ذهب اليه شيخنا أبو جعفر في مصباحه إلخ ولم نعثر عليه في المصباح .
(٥) المختلف : ج ٢ (الفصل الخامس) في الأطعمة والأشربة ص ١٣٤ س ٢٣ قال : وقول ابن إدريس لا بأس به لعموم النهي عن أكل الطين مطلقا .

وكذا المصنف في النافع^(١).

(فروع)

(أ) يحرم تناول الا عند الحاجة عند ابن إدريس^(٢) ويجوز على قصد الاستشفاء والتبرك وان لم يكن هناك ضرورة عند الشيخ^(٣).

(ب) التربة التي يجوز تناولها لا يشترط أخذها من الضريح المقدس سلام الله وصلواته على ساكنه ، بل يكفي أخذها من حرمة عليه السلام ، ويمتد على ما ورد في الحديث إلى أربعة فراسخ^(٤) وروى ثمانية^(٥) لكنها مترتبة في الفضل. وأفضلها ما أخذ من الضريح بالدعاء المرسوم لذلك ، وختمها تحت القبة المقدسة بقراءة سورة القدر ، ويستحب الدعاء عند أكلها بالمرسوم^(٦).

(ج) الاحترام للتربة الموجب لتجنبها عن النجاسات . ما أخذ من الضريح المقدس ، وكذا لو أخذ من خارج ووضع عليه ثبت الحرمة ، لا ما أخذ من باقي الحرم ، اللهم إلا ان يأخذ بالدعاء وتختتم.

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) السرائر : كتاب الأطعمة والأشربة ص ٣٧١ س ٢٤ قال : ألا طين قبر الحسين عليه السلام فإنه يجوز ان يؤكل منه اليسير للاستشفاء إلخ.

(٣) النهاية : باب الأطعمة المحظورة والمباحة ص ٥٩٠ س ٢ قال : ولا يجوز أكل شيء من الطين الى قوله : ألا طين قبر الحسين بن علي عليها السلام فإنه يجوز ان يؤكل منه اليسير للاستشفاء إلخ.

(٤ و ٥ و ٦) روي في المسالك ج ٢ ص ٢٤٤ س ٣ قال : وروي إلى أربعة فراسخ ، وروي الشيخ في المصباح (فصل في تمام الصلاة في مسجد الكوفة والحائر) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : حريم قبر الحسين عليه السلام خمس فراسخ من أربعة جوانب القبر. ولم أعثر على ثمانية فراسخ. وروي الدعاء عند الأكل في المصباح في فصل تمام الصلاة في مسجد الكوفة والحائر ، عن يونس بن ظبيان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : فإذا أكلت فقل : بسم الله إلخ وغير ذلك من الأدعية المذكورة هناك.

(الخامس) : السموم القاتلة قليلها وكثيرها ، وما يقتل كثيره فالحرم ما بلغ ذلك الحدّ.
(القسم الخامس) : في المائعات ، والمحرم خمسة.
(الأول) الخمر وكل مسكر ، والعصير إذا غلا.

(د) يملك التربة بجزائها ، ويجوز بيعها كيلا ووزنا وجزافا ، والسجود عليها من أفضل الأعمال ، والتسبيح بها والاستغفار مضاعف الثواب أضعافا.
(هـ) يجوز طبخها قصدا للحفظ من التهافت ، وإن كان تركه أفضل.
(و) يستحب للزائر أن يصحب معه منها ليشمل البركة اهله وبلده.
(ز) يستحب جعلها مع الميت مؤكدا ، والكتابة بها على الكفن.

(تذنيب)

الطين الأرمني إذا دعت الضرورة إليه عينا جاز تناوله خاصة دون غيره ، وقيل : انه من طين قبر الإسكندر^(١).
والفرق بينه وبين التربة من وجوه.
(أ) ان التربة يجوز تناولها لطلب الاستشفاء من الأمراض ، وإن لم يصفها الطبيب ، بل وإن حذر منها ، والأرمني لا يجوز تناوله إلا ان يكون موصوفا.
(ب) ان التربة لا يتجاوز منها قدر الحمصة ، وفي الأرمني تباح القدر الذي تدعو الحاجة اليه ، وإن زاد عن ذلك.
(ج) ان التربة محترمة لا يجوز تقريبها من النجاسة ، وليس كذلك الأرمني.

(١) المصباح (فصل في تمام الصلاة في مسجد الكوفة والحائر على ساكنهما السلام) ولفظ الحديث : سئل جعفر بن محمد عليهما السلام عن طين الأرمني يؤخذ للكسر أيحل أخذه؟ قال : لا بأس به ، اما انه من طين قبر ذي القرنين ، وطين قبر الحسين بن علي عليهما السلام خير منه.

(الثاني) الدم ، وكذا العلقه ولو في البيضة ، وفي نجاستها تردد ، ^(١) (الأشبه النجاسة)
^(١).

قال طاب ثراه : الدم نجس ^(٢) وكذا العلقه ولو في البيضة وفي نجاستها تردد.
أقول : العلقه هي النقطة الحمراء في البيضة المستحيلة عن نطفة الديك ، فهل هي
نجسة أم لا؟
فنقول : لا شك انها دم ، وكل دم نجس ، وهذا هو الذي يقتضيه أصول المذهب ،
وتردد المصنف طاب ثراه ، ووجه تردده : من انفرادها باسم غير الدم عرفا ، فلا يطلق عليها
اسم الدم ، فلا يكون نجسة ، لأصالة الطهارة وحل البيضة ، ولا نسلّم ان كل الدم نجس ،
بل المسفوح خاصة ، وهذا ليس بمسفوح ، فيكون كالدم المتخلف في اللحم.
والأقرب التنجيس كمذهب العلامة ^(٣) لنجاسة الدم وتحريمه إلا ما استثني ، وهذا ليس
من المستثنى.

اما نطفة الديك ، فان علمت في البيضة نطفة حرمت وكانت نجسة ، لكن ذلك غير
معلوم غالبا ، وقد يوجد في البيض شبه غدد لطاف منفصالات عن الصغار وأثن من
البياض منقطة كالغدد ، وهذه طاهرة ليست من النطفة ، لأننا نشاهد ذلك في بيض دجاج
لا ديك لها ، فلا يحكم بنجاستها ، لأصالة الطهارة ، وبقاء

(١) بين الهالين موجود في النسخة المطبوعة من المختصر النافع ، ولا يوجد في النسخ المخطوطة من المهذب.
(٢) كلمة (نجس) ليس في النسخة المطبوعة من المختصر النافع ، ولكنها موجودة في النسخ المخطوطة من
المهذب.

(٣) القواعد : (المقصد الثالث في النجاسات) ص ٧ س ٢١ قال : والعلقه نجسة وان كانت في البيضة. وفي
التذكرة : ج ١ (الباب الثاني في النجاسات) ص ٧ س ٧ قال : الثالث ، العلقه نجسة وان كانت في بيض
الدجاج وشبهه لأنها دم.

ولو وقع قليل دم في قدر وهي تغلي ، لم يحرم المرق ولا ما فيها إذا ذهب بالغليان ، ومن الأصحاب من منع من المائع وأوجب غسل التوابل ، وهو حسن ^(١) ، كما لو وقع غيره من النجاسة.

الحل ، إلا ان يدرك فيها النقطة محمرة.

قال طاب ثراه : ولو وقع قليل من دم في قدر وهي تغلي ، لم يحرم المرق ولا ما فيه إذا ذهب بالغليان ، ومن الأصحاب من منع من المائع وأوجب غسل التوابل ، وهو حسن.

أقول : للأصحاب في المسألة ثلاثة أقوال :

(أ) طهره بالغليان إذا كان الدم قليلا ، ولو كان كثيرا لم يطهر بالغليان وهو مذهب الشيخ في النهاية ^(١) وتبعه القاضي ثم استحوط المنع ^(٢).

(ب) إطلاق القول بطهارته إذا ذهب بالغليان وان كان كثيرا ذهب اليه المفيد ^(٣) وتلميذه ^(٤).

فالخاص : ان الحل انما يحصل عند الشيخ بثلاث شرائط : الغليان : وقلة الدم ، وعدم ظهوره. والمفيد لم يشترط القلة.

(ج) نجاسة المرق وتحريمه ، لأنه ماء قليل ، أو مضاف بنجس ، فلا يطهر بالغليان

(١) النهاية : باب الأطعمة المحظورة والمباحة ص ٥٨٨ قال : فان حصل فيها شيء من الدم وكان قليلا الى قوله : لأن النار تحيل الدم.

(٢) المهذب : ج ٢ باب الأشربة ص ٤٣١ س ١٦ قال : فان وقع فيها دم وكان قليلا جاز أكل ما فيها الى قوله : والأحوط ان لا يؤكل.

(٣) المقنعة : باب الذبائح والأطعمة ص ٩٠ س ٢ قال : وإذا وقع دم في قدر يغلي على النار جاز أكل ما فيها إلخ.

(٤) المراسم : ذكر الأطعمة ص ٢١٠ س ٣ ما وقع دم في المرق فاغلي فإنه يزول حكم نجاسته ويحل أكله.

كغيره قاله ابن إدريس ^(١) واستحسنه المصنف ^(٢) واختاره العلامة ^(٣).
احتج الشيخ : بان النار تحيل الدم ، ولان اللحم لا يكاد يعرى منه وقد أجزأ أكله
بعد الغليان.

وبما رواه سعيد الأعرج عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن قدر فيها جزور
ووقع فيها مقدار أوقية من دم ، أيوكل؟ فقال عليه السلام : نعم لأن النار تأكل الدم ^(٤).
واحتج المفيد بعموم رواية زكريا بن آدم قال : سألت الرضا عليه السلام عن قطرة خمر
أو نبذ مسكر قطرت في قدر فيه لحم ومرق كثير؟ قال : يهراق المرق ، أو يطعمه أهل الذمة
، أو الكلاب ، واللحم اغسله وكله ، قلت : فان قطر فيه الدم؟ قال : الدم تأكله النار ان
شاء الله ^(٥).

وحمل العلامة الدم على ما ليس بنجس كدم السمك ، ومنع صحة السند ، قال :
سعيد الأعرج لا اعرف حاله ، والاحتجاج به يتوقف على معرفة عدالته وفي طريق الثانية
محمد بن موسى ^(٦) فان كان هو ابن عيسى أبو جعفر السمان ، كان ابن

(١) السرائر : كتاب الأطعمة والأشربة ص ٣٧٠ س ٢٧ فإنه بعد ما أفق بالإراقة بوقوع الخمر في القدر قال :
فان حصل فيها شيء من الدم فكذلك سواء كان الدم قليلا أو كثيرا.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : ج ٢ ص ١٣٣ الفصل الخامس في الأطعمة والأشربة س ١٤ قال : والمعتمد انه لا يحل أكل
اللحم والتوابل حتى يغسل.

(٤) الكافي : ج ٦ كتاب الذبائح باب الدم يقع في القدر ص ٢٣٥ الحديث ١.

(٥) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة ص ١١٩ قطعة من حديث ٢٤٧.

(٦) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن يعقوب ، عن محمد بن يحيى ، عن محمد بن موسى ، عن الحسن
بن المبارك عن زكريا بن آدم قال : سألت أبا الحسن عليه السلام إلخ).

(الثالث) كلّ مائع لاقته نجاسة فقد نجس : كالخمر ، والدم ، والميتة ، والكافر الحربي.
وفي الذمي روايتان ، أشهرهما : النجاسة.

وفي رواية : إذا اضطر إلى مؤاكلته أمره بغسل يده ، وهي متروكة.
ولو كان ما وقعت فيه النجاسة جامدا بقي ما يكتنف النجاسة وحلّ ما عداه. ولو
كان المائع دهنا جاز بيعه للاستصباح به تحت السماء خاصة لا تحت الأظلة. ولا يحلّ ما
يقطع من أليات الغنم ، ولا يستصبح بما يذاب منها. وما يموت فيه ماله نفس سائلة من
المائع نجس دون ما لا نفس له.

الوليد يقول : انه يضع الحديث ^(١) فيسقط الاستدلال بالخبرين ^(٢).
قال طاب ثراه : وفي الذمي روايتان أشهرهما : النجاسة. وفي رواية إذا أراد مؤاكلته أمره
بغسل يده وهي متروكة.
أقول : الرواية إشارة الى ما رواه الشيخ (في الصحيح) عن عيص بن القاسم عن
الصادق عليه السّلام قال : سألت عن مؤكلة اليهودي والنصراني؟ قال : إذا توضأ فلا بأس
^(٣).

(١) تنقيح المقال (رجال مامقاني) ج ٣ باب محمد ص ١٩٣ تحت رقم ١١٤١٧ قال : وقال النجاشي : ضعفه
القمييون بالغلو ، وكان ابن الوليد يقول : انه كان يضع الحديث والله اعلم.
(٢) المختلف : الفصل الخامس في الأطعمة والأشربة ص ١٣٣ س ٢١ فإنه بعد تضعيف الحديثين قال : فسقط
الاستدلال بالخبرين.
(٣) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة ص ٨٨ الحديث ١٠٨ ولفظ الحديث (قال : سألت أبا عبد
الله عليه السّلام عن مؤكلة اليهودي والنصراني فقال : لا بأس إذا كان من طعامك ، وسألت عن مؤكلة المجوسي
فقال : إذا توضأ فلا بأس).

.....

وممضمونها فتى الشيخ في النهاية ^(١).

ومنع المفيد ^(٢) والقاضي ^(٣) والمرتضى ^(٤) وابن إدريس ^(٥) واختاره المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧) وحملها العلامة في القواعد على تعدد الأواني ^(٨) وفي المختلف على ما لا تنفعل بالملاقاة كالفواكه اليابسة ، والثمار كذلك والحبوب ^(٩) قلت : وكذا لو كانت الفواكه رطبة وأكل مما يليه كالرطب ، وكذا غير الفواكه مما هو رطب وله حالة جمود لا يحصل منها سريان الانفعال كالجن والسّمك الطري وأكل كل واحد من جانبه. وفائدة الأمر بغسل اليد زوال القدر منها ، أو إزالة تنفر النفس.

احتج المانعون : بأنهم أنجاس فينفع ما باشروه برطوبة من الأطعمة.

(١) النهاية : باب الأطعمة المحظورة والمباحة ص ٥٨٩ س ٢٠ قال : ويكره ان يدعو الإنسان أحدا من الكفار الى طعامه فيأكل معه ، فان دعاه فليأمره بغسل يديه ثم يأكل معه ان شاء.

(٢) المنفعة : باب الذبائح والأطعمة ص ٨٩ س ٣٤ قال : ولا يجوز سوء مؤكلة الجوس إلخ.

(٣) الانتصار : (في الذبائح) ص ١٩٣ س ٣ قال : مسألة ، ومّا انفردت به الإمامية ان كل طعام عاجله الكفار من اليهود والنصارى وغيرهم الى قوله : فهو حرام لا يجوز أكله إلخ والى هذا أشار في المختلف ج ٢ ص ١٣٤ س ١٣ بقوله : قال السيد المرتضى : ممّا انفردت به الإمامية إلخ.

(٤) المهذب : ج ٢ كتاب الأطعمة والأشربة ص ٤٢٩ س ١٠ قال : فاما المحرم الى قوله : ومؤكلة الطعام مع الكفار ، وكل طعام مائع باشره كافر إلخ.

(٥) السرائر : كتاب الأطعمة والأشربة ص ٣٧١ س ٦ قال : ولا يجوز مؤكلة الكفار إلخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف : ج ٢ ص ١٣٤ س ١٥ قال : والمعتمد ما قاله ابن إدريس ، الى ان قال بعد نقل احتجاج الشيخ : والجواب الحمل على ما إذا كان الطعام ممّا لا ينفعل بالملاقاة كالفواكه اليابسة والثمار كذلك والحبوب.

(٨) القواعد : ج ٢ ، المطلب الخامس المائعات ص ١٥٨ س ٢١ قال بعد نقل الحديث : وهي محمولة على الأجسام الجامدة ، أو مع اختلاف الأواني.

(٩) المختلف : ج ٢ ص ١٣٤ س ١٥ قال : والمعتمد ما قاله ابن إدريس ، الى ان قال بعد نقل احتجاج الشيخ : والجواب الحمل على ما إذا كان الطعام ممّا لا ينفعل بالملاقاة كالفواكه اليابسة والثمار كذلك والحبوب.

(الرابع) أبوال ما لا يؤكل لحمه. وهل يحرم بول ما يؤكل لحمه؟ قيل : نعم ، ألا بول الإبل ، والتحليل أشبهه.

(الخامس) البان الحيوان المحرم كاللبوة ، والذئبة ، والهرة. ويكره ما كان لحمه مكروها كالأتن حليبه وجامده.

وبما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن مؤكلة المجوسي في قصعة واحدة ، وأرقد معه على فراش واحد ، وأصافحه ، فقال : لا ^(١).

ومثلها رواية هارون بن خارجة حيث سأل الصادق عليه السلام فقال : إني أخالط المجوس ، فأكل من طعامهم؟ فقال : لا ^(٢).

قال طاب ثراه : وهل يحرم بول ما يؤكل لحمه؟ قيل : نعم إلا أبوال الإبل ، والتحليل أشبهه.

أقول : أما أبوال الإبل للاستشفاء فجائز بالإجماع.

فهنا قيدان : كونها من الإبل ، والاحتياج إليها ، فلا يحل تناولها لغير ضرورة.

وأما أبوال غيرها ، أو أبوالها لغير ضرورة فهل يجوز شربه أم لا؟ منع المصنف في كتاب الأطعمة من الشرائع ^(٣) لاستنباطها ، وأباحها في كتاب التجارة ^(٤) وفي الموضوعين من النافع ^(٥) ^(٦) لمكان طهارتها.

(١) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٨٧ الحديث ١٠١.

(٢) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٨٧ الحديث ١٠٢.

(٣) الشرائع : كتاب الأطعمة والأشربة ، الرابع الأعيان النجسة ، قال : وقيل : يحل الجميع لمكان طهارته ، والأشبه التحريم لمكان استنباطها.

(٤) الشرائع : كتاب التجارة ، الأول الأعيان النجسة قال : وربما قيل بتحريم الأبوال كلها إلا بول الإبل ، والأول (أي اختصاص المنع ببول ما لا يؤكل لحمه) أشبهه.

(٥) المختصر النافع : كتاب التجارة (الأول) الأعيان النجسة ، قال : والأبوال مما لا يؤكل لحمه.

(٦) لاحظ عبارة النافع في المتن.

فالحاصل : ان علة التحريم هل هو الخبث؟ أو المبيح للحل الطهارة؟ مع قطع النظر عن الاستنباط.

فمن قال بالأول قال بتحريمها ، وهو اختيار ابن حمزة ^(١) وأحد قولي المصنف ^(٢) ومذهب العلامة ^(٣).

ومن قال بالثاني أجاز شرب جميع الأبوال من المأكول لضرورة غيرها ، وهو قول السيد ^(٤) وأبي علي ^(٥) وابن إدريس ^(٦) قال : وقول الشيخ في النهاية : ولا بأس بأن يستشفى بأبوال الإبل ^(٧) ليس دليلا على ان غيرها لا يجوز الاستشفاء به ولا يجوز شربه ، لأننا بلا خلاف بيننا : أن أبوال ما يؤكل لحمه طاهرة غير نجسة ^(٨). وفيه منع لأننا لا نسلم كون التحريم تابعا للتنجيس ، بل الاستنباط كما في محرمات الذبيحة ، وللاية ^(٩) وقد تقدم البحث في هذه في باب المكاسب.

(١) الوسيلة : فصل في بيان أحكام الأشرية ص ٣٦٤ س ١٥ قال : ولا يجوز شرب دماء الحيوانات ولا أبوالها مختارا إلا بول الإبل للاستشفاء.

(٢) تقدم نقله عن الشرائع تحت رقم (١).

(٣) المختلف : ج ٢ في الأطعمة والأشرية ص ١٣٤ س ٣٣ فإنه بعد نقل قول ابن حمزة في الوسيلة قال : وهو المعتمد ، لنا ، انها مستحبة إلخ.

(٤) الانتصار : مسائل الأشرية ص ٢٠١ قال : (مسألة) ومما يظن انفراد الإمامية به القول بتحليل شرب أبوال الإبل وكل ما أكل لحمه من البهائم.

(٥) المختلف : ج ٢ في الأطعمة والأشرية ص ١٣٤ س ٣٠ قال : وقال ابن الجنيد : ولا بأس بشرب بول ما أكل لحمه.

(٦ و ٧ و ٨) السرائر : كتاب الأطعمة والأشرية ص ٣٧١ س ٣٢ في الهامش قال : ولا بأس بشرب أبوال الإبل ، وكل ما أكل لحمه من البهائم ، ثم قال : وقال شيخنا في نهايته : ولا بأس بأن يستشفى بأبوال الإبل ولم يذكر غيرها ، وليس ذكره لها دليلا على ان غيرها لا يجوز إلخ وكلام الشيخ في النهاية في باب الأطعمة المحظورة والمباحة ص ٥٩٠ س ١٦ قال : ولا بأس بأن يستشفى بأبوال الإبل.

(٩) قال تعالى ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ سورة الأعراف / ١٥٧.

(القسم السادس) : في اللواحق ، وهي سبع.

(الأولى) شعر الخنزير نجس سواء أخذ من حيٍّ أو ميتٍ على الأظهر ، فإن اضطر استعمل ما لا دسم فيه وغسل يده. ويجوز الاستقاء بجلود الميتة ، ولا يصلى بمائها (ولا يشرب).

قال طاب ثراه : شعر الخنزير نجس سواء أخذ من حيٍّ أو من ميتٍ على الأظهر ، فإن اضطر استعمل ما لا دسم فيه وغسل يده ، ويجوز الاستقاء بجلود الميتة ولا يصلى بمائها ولا يشرب.

أقول : هنا ثلاث مسائل.

(الأولى) شعر الخنزير هل هو نجس أم لا؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول ، والثاني مذهب السيد ^(١) لأنه لا تحله الحياة ، وقد تقدم هذا البحث في كتاب الصلاة.

(الثانية) شعر الخنزير هل يجوز استعماله مع الاختيار؟ منع منه الشيخ في النهاية إلا مع الضرورة ، فيستعمل ما لا دسم فيه ثم يغسل يده عند حضور الصلاة ^(٢) ، وهو اختيار المصنف في كتابيه ^(٣) ^(٤) وهو مذهب ابن إدريس رضوان الله عليه ، حيث قال : شعر الخنزير لا يجوز للإنسان استعماله مع الاختيار على

(١) الناصريات (في الجوامع الفقهية) مسألة ١٩ قال : شعر الميتة طاهر وكذلك شعر الكلب والخنزير ، هذا صحيح وهو مذهب أصحابنا إلى أن قال : فإن الشعر لا حياة فيه.

(٢) النهاية : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ، ص ٥٨٧ س ٦ قال : وكذلك شعر الخنزير لا يجوز له أن يستعمله مع الاختيار فإن اضطر إلى استعماله فليستعمل منه ما لم يكن بقي فيه دسم ويغسل يده عند حضور الصلاة.

(٣) الشرائع : كتاب الأطعمة والأشربة ، القسم السادس في اللواحق (الأولى) قال : لا يجوز استعمال شعر الخنزير اختياراً إلخ.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

الصحيح من أقوال أصحابنا وإن كان قد ذهب قوم منهم إلى جواز استعماله وتمسك بأنه لا تحله الحياة إلا أن أخبارنا متواترة عن الأئمة الأطهار بتحريمه ، والاحتياط يقتضي ذلك ، فإن اضطر إلى استعماله فليستعمل منه ما لم يكن فيه دسم ، بأن يتركه في فخار ويجعله في النار ، فإذا ذهب دسمه استعماله عند الضرورة والحاجة إليه ، ويغسل يده عند حضور الصلاة على ما وردت به الأخبار بذلك ^(١) ، وهو موافق لما افتى به شيخنا رحمه الله ، وحزم به المصنف ^(٢) والعلامة في القواعد ^(٣) . ويلزم السيد جواز استعماله لمكان طهارته وهو مذهب العلامة في المختلف لأصالة الإباحة ، ونجاسته لا تعارض الانتفاع به ، لما فيه من المنفعة العاجلة الخالية من ضرر عاجل أو آجل ، فيكون سائغا عملا بالأصل السالم عن معارضته دليل عقلي أو نقلي في ذلك ^(٤) .

وبما رواه سليمان الإسكاف عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن شعر الخنزير يخز به ^(٥) ، قال : لا بأس به ولكن يغسل يده إذا أراد أن يصلي ^(٦) .
وحمله الشيخ على حالة الضرورة .

ولما رواه عن برد الإسكاف عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : جعلت فداك اني رجل خزاز لا يستقيم عملنا إلا بشعر الخنزير نخز به قال : خذ منه وبره

(١) السرائر : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٣٧٠ س ٣ قال : وكذلك شعر الخنزير لا يجوز للإنسان استعماله إلخ .

(٢) تقدم آنفا .

(٣) القواعد : ج ٢ في الأطعمة والأشربة ص ١٥٩ س ٦ قال : ويحرم استعمال شعر الخنزير إلخ .

(٤) المختلف : ج ٢ ، الفصل الرابع فيما يحل من الميتة وما يحرم من الذبيحة ص ١٣٢ س ١٦ قال : والمعتمد جواز استعماله مطلقا إلخ .

(٥) الخزازون قوم يعملون الخز (مجمع البحرين لغة خرز) .

(٦) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٨٥ الحديث ٩٢ .

واجعلها في فخارة ، ثم أوقد تحته حتى يذهب دسمه ثم اعمل به ^(١).
 (الثالثة) هل يجوز الاستسقاء بجلود الميتة؟ قال الشيخ في النهاية : نعم لغير الوضوء
 والصلاة والشرب ، وتجنبه أفضل ^(٢) وبه قال المصنف في كتابيه ^(٣) ^(٤) والعلامة في القواعد
 جزماً ^(٥) وجعله ابن إدريس رواية ^(٦) ومنع القاضي ^(٧) وابن حمزة ^(٨) والعلامة في المختلف ^(٩).
 وهو المعتمد لعموم قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ ^(١٠) والأصل عدم التخصيص
 ، فيحرم جميع أنواع الانتفاع.

- (١) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٨٤ الحديث ٩٠.
- (٢) النهاية : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٥٨٧ س ٨ قال : ويجوز ان يعمل من جلود الميتة دلو يستقى به الماء لغير الوضوء إلخ.
- (٣) لاحظ عبارة النافع.
- (٤) الشرائع : كتاب الأطعمة والأشربة ، في اللواحق ، قال : ويجوز الاستسقاء بجلود الميتة إلى قوله : وتركه الاستسقاء أفضل.
- (٥) القواعد : ج ٢ في الأطعمة والأشربة ص ١٥٩ س ٦ قال : ويجوز الاستسقاء بجلد الميتة لغير الطهارة وتركه أفضل.
- (٦) السرائر : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٣٧٠ س ٦ قال : وروي انه يجوز ان تستعمل من جلود الميتة دلو إلخ.
- (٧) المهذب : ج ٢ باب ما يحل من الذبائح وما يحرم منها ومن الميتة ص ٤٤٢ س ١٤ قال : فان كان ميتة لم يجز استعماله على وجه من الوجوه.
- (٨) الوسيلة : فصل في بيان ما يحرم من الذبيحة ويحل من الميتة وحكم الجلود ص ٣٦٢ س ١١ قال : جلود الميتة ، ولا يجوز استعمالها إلخ.
- (٩) المختلف : ج ٢ ، الفصل الرابع فيما يحل من الميتة وما يحرم من الذبيحة ص ١٣٢ س ٢٦ فإنه بعد نقل قول ابن البراج بالمنع قال : وهو الأقرب.
- (١٠) سورة المائدة / ٣.

(الثانية) إذا وجد لحم واشتبه ، القى في النار ، فان انقبض فهو ذكي ، وان انبسط فهو ميتة. ولو اختلط الذكي بالميتة ، اجتنب. وفي رواية الحلبي : يباع ممن يستحل الميتة ^(١) (على الأصح) ^(٢).

ولما رواه الشيخ في المبسوط عن عبد الله بن الحكم قال : أتانا كتاب رسول الله صلى الله عليه وآله وفيه : ان لا ينتفع بالميتة بإهاب ولا عصب ^(٣).

احتج المسوغون : بالأصل ، وهو ممنوع ، لوجوب مخالفته عند الدليل ، وقد بيناه.

(فرع)

قال الصدوق في المقنع : لا بأس ان يجعل جلد الخنزير دلوا يسقى به الماء ^(٤).

وفيه منع لعدم وقوع الذكاة عليه ، فهو كجلد الميتة ، وقد مر البحث فيه.

قال طاب ثراه : إذا وجد لحم واشتبه القى في النار ، فان انقبض فهو ذكي ، وان انبسط فهو ميت. ولو اختلط الذكي بالميتة ، اجتنب. وفي رواية الحلبي يباع ممن يستحل الميتة. أقول : هنا مسألتان.

(الأولى) إذا وجد لحم فاشتبه فلا يعلم أذكي أم ميت ، ما الحكم فيه؟ قال

(١) هكذا في النسخ المطبوعة التي عندنا من المختصر النافع ، وفي النسخ المخطوطة من النافع ومن المهذب ليست كلمة (على الأصح) فيها.

(٢) لم أظفر عليه في المبسوط والحديث في سنن ابن ماجه : ج ٢ (٢٦) باب من قال : لا ينتفع من الميتة بإهاب ولا عصب ص ١١٩٤ الحديث ٣٦١٣ وفيه (عن عبد الله بن عكيم).

(٣) المقنع : باب الصيد والذبائح ص ١٤١ س ٩ قال : وإياك ان تجعل جلد الخنزير دلوا تستقي به الماء. وهذا كما ترى على خلاف مقصود المصنف ، ولكن في المختلف : ج ٢ ص ١٣٢ س ٢٨ قال : تذييب : قال الصدوق في المقنع : ولا بأس ان يجعل جلد الخنزير دلوا إلخ.

.....

الشيخ في النهاية : يطرح في النار فان انقبض فهو ذكي ، وان انبسط فهو ميت ^(١) واختاره المصنف هنا ^(٢) وجعله في الشرائع قولاً ^(٣) ومنع العلامة في القواعد وأوجب اجتنابه ، وحكى اعتباره بالنار قولاً ^(٤) واختاره فخر المحققين ^(٥).

احتج الشيخ بما رواه شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دخل قرية فأصاب بها لحماً ، لم يدر أذكي هو أم ميت قال : يطرحه فكلما انقبض فهو ذكي وكلما انبسط فهو ميتة ^(٦).

احتج المانعون : بالاحتياط ، وبتحريم اللحم والصيد إلا مع تعين التذكية ، وهو مفقود هنا.

(الثانية) إذا اختلط الذكي بالميت ولم يكن هناك طريق الى تميزه لم يحل أكل شيء منه ، وبيع على مستحل الميتة ، قاله الشيخ في النهاية ^(٧) وتبعه العلامة في

(١) النهاية : باب الصيد واحكامه ص ٥٨٢ س ٢ قال : وإذا وجد لحماً لا يعلم أذكي هو أم ميت فليطرحه على النار إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) الشرائع : كتاب الأطعمة والأشربة ، القسم السادس في اللواحق قال : (الثانية) إذا وجد لحم الى قوله : قيل : يطرح في النار إلخ.

(٤) القواعد : ج ٢ ، في الأطعمة والأشربة ، المطلب الخامس في المائعات ص ١٥٩ س ٨ قال : ولو وجد لحم مطروح لا يعلم ذكاته اجتنب ، وقيل : يطرح في النار.

(٥) الإيضاح : ج ٤ في الأطعمة والأشربة (في المائعات) ص ١٦١ س ١٨ قال : والأصح عندي التحريم ولا اعتبار بالنار.

(٦) الكافي : ج ٦ كتاب الأطعمة ، باب اختلاط الميتة بالذكي ، باب آخر منه ص ٢٦١ الحديث ١.

(٧) النهاية : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٥٨٦ س ١ قال : وإذا اختلط اللحم الذكي بالميتة إلى قوله : وبيع على مستحلي الميتة.

المختلف^(١) ومنع ابن حمزة^(٢) والقاضي^(٣) وابن إدريس^(٤) وأوجبوا اجتناب الجميع ، وهو اختيار المصنف^(٥).

احتج الأولون بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : سمعته يقول : إذا اختلط الذكي باعه ممن يستحل الميتة ويأكل ثمنه^(٦).

قال العلامة : وهذا ليس في الحقيقة بيع ، بل هو استنقاذ مال الكافر من يده برضاه ، فكان سائغا ثم أورد الرواية^(٧).

احتج الآخرون : بوجوب تغليب الحرمة مع اجتماعها بالمباح ، كوجوب اجتناب الزوجة مع اشتباهها بالأجنبية.

ولقوله عليه السلام : ما اجتمع الحلال والحرام الا وغلب الحرام^(٨).

ولأن أكله حرام فثمنه كذلك ، ولما روي عنه صلى الله عليه وآله : إن الله إذا

(١) المختلف : ج ٢ (الفصل الرابع فيما يحل من الميتة وما يحرم من الذبيحة) ص ١٣١ س ٢٨ قال : والوجه ما قاله الشيخ (لنا) انه في الحقيقة ليس بيعا ، بل هو استنقاذ مال الكافر من يده برضاه فكان سائغا.

(٢) الوسيلة : فصل في بيان ما يحرم من الذبيحة ويحل من الميتة ص ٣٦٢ س ٤ قال : وان اختلط لحم الميتة بالذكي ولم يتميز لم يؤكل وبيع على مستحليه. ولا يخفى ان هذا على خلاف مطلوب المصنف أدل ، ولعل ذلك من قلم النساخ والصحيح (وتبعه العلامة وابن حمزة).

(٣) المهذب : ج ٢ باب ما يحل من الذبائح وما يحرم منها ومن الميتة ص ٤٤١ س ١٤ قال : وإذا اختلط لحم ذكي بميتة إلى قوله : لم يحل أكل شيء منه إلخ.

(٤) السرائر : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٣٦٩ س ٢٧ قال : وإذا اختلط اللحم المذكى بلحم الميتة إلى قوله : لم يحل أكل شيء منه ولا يجوز بيعه.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) الكافي : ج ٦ باب اختلاط الميتة بالذكي ص ٢٦٠ الحديث ٢.

(٧) تقدم آنفا تحت رقم ٢.

(٨) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٦٦ الحديث ١٧ ولاحظ ما علق عليه.

.....

حرم شيئاً حرم ثمنه ^(١).

ومثله قوله عليه السّلام : لعن الله اليهود حرمت عليهم الميتة ، فباعوها واستحلوا
أثمانها ^(٢).

واستحسن العلامة في القواعد الأول إذا قصد بيع الذكي حسب ^(٣) فعلى هذا يشترط
ان يكون معلوما عند البائع ، لأن بيع المجهول غير جائز.

قال فخر المحققين : الضمير في قوله عليه السّلام (باعه ممن يستحل الميتة) راجع الى
الذكي ، بأن يعلم وزنه ، ولا يعلم عينه : ويكون الآخر تابعا ولاحظ له في الثمن ، كالأبق ،
قال : وفي الكل نظر ، والأصح التحريم ، ولا اعتبار بالنار هذا آخر كلامه في الإيضاح ^(٤).
فإن قلت : كيف حكم الشيخ في النهاية بوجوب الاجتناب مع الاختلاط ^(٥) وأجاز
بيعه على مستحل الميتة وجعل الانقباض والانبساط امارة صالحة للتمييز بين الذكي والميت ،
فأبي فرق بين الحالتين؟ فهلاً اعتبر الانقباض والانبساط في المحتلط وأكل المتيقن والقي
المنبسط ، وتفصّي من البيع على المستحل.

فالجواب الفارق بين الصورتين موجود ، لأن في الاختلاط تيقّن وجود ميت

(١) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٢ الحديث ٤٨ ولاحظ ما علق عليه.

(٢) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٢ الحديث ٤٩ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) قال في الإيضاح : ج ٤ ص ١٦١ س ١٥ في شرح قول العلامة (ولو وجد لحم مطروح إلخ) ما لفظه (واما
جواز البيع ثمة ، فلأنه يعلم وجود ذكي ويقصد بيعه ، وقول الصادق عليه السّلام : إذا اختلط الذكي والميتة باعه
ممن يستحل الميتة ، الضمير فيه راجع الى الذكي بأن يعلم وزنه ولا يعلم عينه ، ويكون الآخر تابعا لاحظ له في
الثمن).

(٤) الإيضاح : ج ٤ في المائعات ، ص ١٦١ س ١٧ قال : والضمير فيه إلخ.

(٥) النهاية : باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٥٨٦ س ١ قال : وإذا اختلط اللحم الذكي بالميتة إلخ
وقد تقدم أيضا.

(الثالثة) لا يأكل الإنسان من مال غيره الا بإذنه ، وقد رخص مع عدم الاذن في الأكل من بيوت من تضمنته الآية إذا لم يعلم الكراهية.
وكذا ما يمر الإنسان به من ثمرة النخل. وفي ثمرة الزرع والشجر تردد ^(١) ، ولا يقصد ، ولا يحمل.

(الرابعة) من شرب خمرا أو شيئا نجسا فبصاقه طاهر ما لم يكن متغيرا بالنجاسة.
(الخامسة) إذا باع ذمي خمرا ثم أسلم فله قبض ثمنها.

وذكرى ، واشتبه المحرم يقينا بالمحلل يقينا ، فوجب اجتنابهما ، كالانائين ، والزوجتين ، واما المجهول فلم يعلم حاله انه ميت ، فاعتبره بما جعله الشارع صالحا لتمييزه.
قال طاب ثراه : وقد رخص مع عدم الاذن ، في الأكل من بيوت من تضمنته الآية ، وكذا ما يمر به الإنسان من ثمرة النخل ، وفي ثمرة الزرع والشجر تردد.
أقول : الأصل تحريم التصرف في مال الغير الا مع صريح الاذن ، لقوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾ ^(١) وقوله عليه السلام : المسلم أخو المسلم لا يحل له ماله الا عن طيب نفس منه ^(٢) وقوله عليه السلام : مال المسلم ودمه حرام ^(٣).

وقد اخرج النص من هذا الأصل العام ، وجوها.

(الأول) الأكل من بيت من تضمنته الآية ، يعني قوله تعالى ﴿وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ

(١) سورة النساء / ٢٩ .

(٢) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٣ الحديث ١ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٣ الحديث ٢ ولم أظفر عليه في غيره ، نعم بمضمونه روايات ، لاحظ سنن ابن ماجه : ج ٢ ، كتاب الفتن (٢) باب حرمة دم المؤمن وماله ص ١٢٩٨ الحديث ٣٩٣٣ قال : كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه.

أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتُمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعاً أَوْ أَشْتَاتاً^(١) يعني مجتمعين ومنفردين. وقوله ﴿أَوْ مَا مَلَكَتُمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقَكُمْ﴾ المراد به بيت العبد ، لان ماله ملك سيده ، وقيل : ما يجده الإنسان في داره ولم يعلم به.

وشرط الأصحاب : علم انتفاء الكراهية ، فلا يحل مع تيقنها ، وإن لا يحمل معه. ونقل ابن إدريس عن بعض أصحابنا : انه لا يأكل إلا ما يخشى عليه الفساد^(٢) ولا يشترط الاذن في الدخول الى البيت ، ويكفي البناء على الظاهر من حسن ظنه به ، ولا يشترط اذنه مطلقا.

(الثاني) المال المشترك كالشجرة والزرع والمباطخ^(٣) ، فان لكل واحد من الشركاء ، الأكل بدون اذن الشريك لقوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٤) مع عدم علم الكراهة أيضا ، ولا يدخل هذا في الصديق المذكور في الآية ، لأنه قد لا يكون صديقا.

(الثالث) ما يمر به الإنسان من ثمرة النخل وغيرها ، وقد تقدم البحث فيه.

(الرابع) الشرب والوضوء والغسل من ماء الدالية والدولاب^(٥) ، عملا بشاهد

(١) سورة النور / ٦١.

(٢) السرائر : كتاب الأطعمة والأشربة ص ٣٧١ س ٢٧ قال : وذهب بعض أصحابنا إلخ.

(٣) المبطن : المكان ينبت فيه البطيخ بكثرة ، وفي الأساس : رأيته يدور بين المطابخ والمباطخ ج مباطخ (المعجم الوسيط ج ١ ، لغة بطخ).

(٤) سورة النساء / ٢٩.

(٥) الدالية : الدلو ونحوها. خشبة تصنع على هيئة الصليب تثبت برأس الدلو ثم يشد بها طرف حبل وطرفه الآخر يخدع قائم على رأس البئر يستقى بها ، والناعورة يديرها الماء أو الحيوان (الساقية) والأرض تسقى بالدلو (المعجم الوسيط ج ١ لغة دلو) والدولاب الإله التي تديرها الدابة ليستقى بها (المعجم الوسيط ج ١ لغة دول).

(السادسة) الخمر تحل إذا انقلبت خلا ، ولو كان بعلاج. ولا تحل لو بقي فيها خل استهلكها. وقيل : لو بقي في الخل خمر من إناء فيه خمر لم تحل حتى يصير ذلك الخمر خلا ، وهو متروك.

(السابعة) لا يحرم الربوبات والأشربة وإن شتم منها رائحة المسكر. ويكره الإسلاف في العصير ، وإن يستأمن على طنجه من يستحله قبل أن يذهب ثلثاه. والاستشفاء بمياه الجبال الحارة التي يشتم منها رائحة الكبريت.

الحال ، ولو علم الكراهة حرم. قال طاب ثراه : وقيل : لو بقي في الخل خمر من إناء فيه خمر لم يحل حتى يصير ذلك الخمر خلا ، وهو متروك.

أقول : توضيح المسألة : إن نفرض إنائان في أحدهما خل وفي الآخر خمر ، فوقع من إناء الخمر في الخل ، فالأصل أن الخل حرم لنجاسته بملاقاة الخمر ، وفرضنا تخلل الخمر الصرف الباقي في إنائه ، فإنه يحل قطعاً للإجماع على حل الخمر بانقلابه. وهل يطهر الخل الذي وقع فيه الخمر؟ لنا فيه ثلاثة أقوال.

(الأول) طهارته مع انقلاب باقية الصرف كما صورناه ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ^(١) والتهذيب ^(٢) واستقر به العلامة في المختلف ^(٣) لأن انقلاب الخمر إلى

(١) النهاية : باب الأشربة المخطورة والمباحة ص ٥٩٢ س ٢٠ قال : وإذا وقع شيء من الخمر في الخل لم يحز استعماله ألا بعد أن يصير ذلك الخمر خلا.

(٢) التهذيب : ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ١١٨ الحديث ٢٤٤ ولاحظ الحديث ٤٤٥ وذيله.

(٣) المختلف : ج ٢ (الفصل الخامس في الأطعمة والأشربة) ص ١٣٧ س ٤ فإنه بعد نقل قول الشيخ

الخل يدل على تمامية استعداد انقلاب ذلك الخمر الى الخل والمزاج واحد ، بل استعداد الملقى في الخل لصيرورته خلا ، أتم ، ولكن لا يعلم لامتزاجه بغيره ، فاذا انقلب الأصل المأخوذ منه علم انقلابه أيضا ، ونجاسة الخل تابعة للخمرية ، وقد زالت ، فيزول النجاسة كما في الخمر إذا انقلب.

(الثاني) يكفي في حل الخل أن يمضي عليه وقت تنتقل في مثله العين من التحليل الى التحريم ، أو من التحريم الى التحليل ، وهو قول أبي علي ^(١).

(الثالث) بقاءه على التحريم قاله ابن إدريس ^(٢) والمصنف ^(٣) والعلامة في أكثر كتبه ^(٤) وهو ظاهر السيد ^(٥) لنجاسة الخل بملاقاة الخمر ، وليس حال ينقلب إليها ، ولا يتعدى طهارة ذلك الخمر المنفرد إليه ، لأصالة بقاء الحرمة إلى تيقن سبب الحل ، ولا يقين هنا. ولأن قليل الخمر لو بقي في الماء لم يحل بانقلاب الباقي من

قال : واعلم ان قول الشيخ ليس بعيدا إلخ.

(١) المختلف : ج ٢ (الفصل الخامس في الأطعمة والأشربة) ص ١٣٧ س ٧ قال : وقد نبه شيخنا أبو علي بن الجنيّد فقال : الى ان قال : فإنه يحرم عليه شربه في الوقت ما لم يمض عليه وقت تنتقل في مثله العين من التحليل الى التحريم إلخ.

(٢) السرائر : باب الأشربة المحظورة ص ٣٧٣ س ٢٨ فإنه بعد نقل قول النهاية قال : والذي يقتضيه أصول المذهب ترك العمل بهذه الرواية.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) التحرير : ج ٢ كتاب الأطعمة والأشربة في المائعات ص ١٦١ س ١٩ قال : ولو بقي في الخمر خل أو العكس لم يحل ولم تطهر إلخ والقواعد : ج ٢ (المائعات) ص ١٥٨ س ٢٣ قال : (تتمة) لو بقي الخمر في الخل ، أو بالعكس لم يطهر الخمر فكان الخل نجسا إلخ.

(٥) الانتصار : مسائل الأشربة ص ٢٠٠ س ١٦ قال : (مسألة) وعند الإمامية إذا انقلبت الخمر خلا بنفسها أو بفعل آدمي الى قوله : وأبو حنيفة يوافق الإمامية فيما حكيناه ألا انه يزيد عليهم ، وبعد نقل مذهب أبي حنيفة قال : وعند الإمامية ان ذلك لا يجوز ، ومتى لم ينقلب الخمر الى الخل لم يحل إلخ.

.....

الخمير. وكذا لو بقي على الخمير ما يغلب عليها من المائعات والجامدات حتى لا يبقى للخمير طعم ولا رائحة أصلاً ، فما الفرق بين غلبة الخل على الخمير في تحليلها وبين غلبة الماء وغيره عليها؟! فان قالوا : الفرق أنّ الخمير ينقلب الى الخل ولا ينقلب الى غيره ، قلنا : كلامنا فيها على الانقلاب ، والخمير إذا أُلقيت في الخل الكثير فما انقلبت في الحال ، بل عينها باقية في الماء ، فما الفرق؟! وفي المسألة قول رابع لأبي حنيفة : إذا كان الخلّ زائداً على الخمير بحيث لا يوجد طعم الخمير أصلاً ، فإنه يحل بذلك.

فروع

- (أ) الخمير تطهر بانقلابها خلا إجماعاً ، وتطهر انائها ، سواء كان تاماً أو ناقصاً ، وإن كان نقيصته بعد تمامه بالأخذ منه ، أو تنشرت الإناء ، أو نقصه بالسمايم ، أو غير ذلك. ولا يجب ثقب الإناء واستخراجه من جانبه أو أسفله كما يتوهمه من لا تحصيل له. ويشترط في طهرها بالانقلاب ان تكون نجاستها بسبب التخميم لزواله بالانقلاب ، فلو لاقتها قبل انقلابها بنجاسة كمباشرة كافر أو غير ذلك ، لم يحل بالانقلاب.
- (ب) لا كراهة في استعمال هذا الخل إذا كان الانقلاب لا عن علاج ، ويكره لو كان معه ، وتطهر الأجسام الواقعة فيه للعلاج أو لغيره ، وإن كنّا قد حكمنا بنجاستها قبل الانقلاب كما يطهر الدّن ، لأن النجاسة لمكان الخمرية وقد زالت.
- (ج) العصير إذا غلا حرم. ومعنى الغليان ان يصير أسفله أعلاه ، ولا فرق بين حصول ذلك من نفسه أو بتسخين من نار أو شمس. ولا يشترط ان تقذف بالزبد ، ولا صيرورته مسكراً.

.....

وهذا الحكم يختص بعصير العنب دون التمر على الأصح ، وكذا الزبيب الا ان يسكر
أو يضاف اليه من الحوائج ما يصيِّره فقاعا.

(د) يعرض التحليل لهذا العصير بأحد الأمرين : انقلابه الى الخل ، أو ذهاب ثلثيه ،
فيصير دبسا ، ولا يشترط ذهاب الثلاثين بالغليان ، بل يكفي ذهاب الثلاثين كيف كان ،
سواء كان بالشمس أو النار أو السمائم ، للعموم.

(هـ) إذا غلا في قدر الطبخ حكم بنجاسته ونجاسة القدر والمشواط ، فاذا ذهب
الثلاثان طهر الجميع. وكذا يطهر أعالي القدر الذي كان الزبد يقذف اليه بالغليان. وكذا
تطهر يد المعالج.

والحمد لله أولا وآخرا وظاهرا وباطنا وصلّى الله عليه وآله الطاهرين.

كتاب الغضب

كتاب الغضب

والنظر في أمور.

(الأول) الغضب هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا.

كتاب الغضب

مقدمة

الغضب هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا.

وقيل : هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير بغير حق.

والثاني أعم من الأول ، والأول أحق.

ويتفرع على القولين : ما لو كان لإنسان عند الصباغ ثوب ، فرد عليه غيره غلطا ، ثم علم به فهو غاصب على الثاني دون الأول. وكذا لو خرج الإنسان من جامع ، أو من مزار ، فوجد نعالا مختلطة ، فجعل يرفع منها بعضها ويضع منها بعضا ليعلم خفه لم يكن غاصبا فيما أثبت يده عليه ، لأنه ليس ظلما في ذلك ، ولا متعديا ، ولا كان وضع اليد عليها بنية الاستيلاء ، بل لتمييز خفه وهو لا يتم الا بذلك ، ويكون غاصبا

.....

على التعريف الثاني.

وتحريمه معلوم من العقل. والنص ، من الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب : فقله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١) و ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾^(٢) ومن غصب مال اليتيم فقد ظلمه.

وأما السنة : فمنه ما رواه انس عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه^(٣).

وعن ابن مسعود عنه صلى الله عليه وآله : حرمة مال المسلم كحرمة دمه^(٤).

وروى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده عن النبي عليه السلام قال : لا يأخذن أحدكم مال أخيه جادا ولا لاعبا ، من أخذ عصا أخيه فليردها^(٥).

وروى معلى بن مرة الثقفي ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : من أخذ أرضا بغير حقها كلف ان يحمل ترابها الى المحشر^(٦).

وعنه عليه السلام : من أخذ شبرا من الأرض بغير حقه طوق به يوم القيامة من سبع أرضين^(٧).

وعنه عليه السلام ليأتين على الناس زمان لا يبالي الرجل بما يأخذ مال أخيه ، بحلال

(١) سورة النساء / ٢٩ .

(٢) سورة النساء / ١٠ .

(٣) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٣ الحديث ١ ولاحظ ما علق عليه.

(٤) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٣ الحديث ٢ ولاحظ ما علق عليه.

(٥) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٣ الحديث ٥ ولاحظ ما علق عليه.

(٦) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٤ الحديث ٦ ولاحظ ما علق عليه.

(٧) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٤ الحديث ٧ ولاحظ ما علق عليه ورواه أبي داود الطيالسي في سننه ج ١٠

ص ٣١٧ الحديث ٣٤١٠ .

ولا يضمن لو منع المالك من إمساك الدابة المرسلة. وكذا لو منعه على القعود على بساطه. ويصح غصب العقار كالمَنْقُول ويضمن بالاستقلال به. ولو سكن الدار قهراً مع صاحبها ففي الضمان قولان : ولو قلنا بالضمان ضمن النصف.

أو حرام^(١).

واتفقت الأمة على تحريم الغصب.

قال طاب ثراه : ويصح غصب العقار كالمَنْقُول . الى قوله : . ولو قلنا بالضمان ضمن النصف.

أقول : هنا مسائل.

(الأولى) يصح غصب العقار ، أي يتحقق الغصب في العقار كما يتحقق في المَنْقُول ، وان لم تستقل اليد عليه ، لأن المراد باليد في تعريف الغصب (انه الاستقلال بإثبات اليد) القدرة ، لا الجارحة ، ومعناها التمكن من الانتفاع بالعين مع رفع يد المالك ، وهذا المعنى لا شك انه يتحقق في العقار والأرض والأشجار كما يتحقق في المَنْقُولات ، بان يستقل بالتصرف في الدار والبستان مثلاً ، ويمنع المالك من التصرف.

(الثانية) لو سكن الدار قهراً مع مالكةا ، هل يتحقق الغصب هنا؟ يحتمله قويا ، لاستقلاله بالتصرف فيما سكنه ، ورفع يد المالك عنه ، فيصدق الحدّ عليه ، ويحتمل عدمه ، لعدم الاستقلال ، فان المالك لم يرفع يده عن الملك ، بل هو متصرف فيه ، والأول مذهب العلامة^(٢) والثاني مذهب المصنف^(٣).

(١) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٤ الحديث ٨ ولاحظ ما علق عليه.

(٢) التحرير : ج ٢ كتاب الغصب ص ١٣٧ س ٢٥ قال : ولو سكن مع المالك قهراً فالوجه انه يضمن النصف.

(٣) الشرائع : كتاب الغصب (في السبب) قال : فلو سكن الدار مع مالكةا قهراً لم يضمن الأصل ،

ويضمن حمل الدابة لو غصبها ، وكذا الأمة. ولو تعاقبت الأيدي على المغصوب ، فالضمان على الكل ، ويتخير المالك. والحر لا يضمن ولو كان صغيرا ، لكن لو اصابه تلف بسبب الغاصب ضمنه. ولو كان لا بسببه كالموت ولذع الحية فقولان.

(الثالثة) على القول بالضمان ، يضمن نصف الدار ، ولا فرق بين ان يكون تصرفه في قدر النصف أو أقل أو أكثر ، لأن التصرف في الدار اثنان ، فيحال بالضمان عليهما كالجنايات. أما الأجرة فلا يضمن منها إلا قدر ما ينتفع به من السكنى.

وهذا البحث على تقدير كون كل واحد من المالك والغاصب متفوضا في جميع الدار ، ولو فرضنا استقلال الغاصب ببيت من الدار مثلا . ولم يشارك المالك في غيره من الدار ، ويد المالك على الباقي . ضمن البيت خاصة. ولو كان المالك يشاركه في التصرف في البيت ، ضمن نصف أصل البيت دون باقي الدار ويضمن نصف المجاز الى البيت لمشاركة المالك له فيه. ولو كان مستقلا في البيت ومعارضاً^(١). للمالك في بقية الدار ضمن البيت بأجمعه ونصف أصل بقية الدار.

قال طاب ثراه : ولو كان لا بسببه كالموت ولذع الحية فقولان.

أقول : الحر لا يدخل تحت اليد ، لأنه ليس مالا ، فلا يضمن ، لأن المضمون باليد انما هو الأموال ، وانما تضمن بالجناية عليه ، وكذا منافعه في قبضه لا يضمن إلا لمباشرة إتلافها كاستعماله.

ويتفرع على هذا الأصل مسألتان.

(أ) لو غصب حرا صغيرا وتلف لا بسبب كما لو مات حتف انفه ، فلا ضمان.

وان كان بسبب كلدغ الحية ، ووقوع الحائط ، والغرق هل يضمنه؟ قال الشيخ

وقال الشيخ يضمن النصف وفيه تردد إلخ.

(١) في (گل) : ومفاوضا.

في كتاب الجراح من المبسوط : يضمنه ^(١) ، لأنه فعل سبب الإلتلاف ، إذا الصغير لا يمكنه الاحتراز ، فهو كحافر البئر ، ولأنه آثم ، احتياطاً في حقن الدماء وعصمة النفوس ، واختاره العلامة ^(٢) وقال في كتاب الغصب منه وفي الخلاف لا تضمنه ^(٣) ^(٤) لأن الحر لا يضمن باليد بلا سبب وليس بمباشر ، والضمان معلل بهما ، وانتفاء العلة توجب انتفاء معلولها ، فوجب القول بانتفاء الضمان ، ولأصالة البراءة ، ثم قال : ولو قلنا بالضمان كان قويا ولم يفرق المصنف هنا بين الموت بالسبب أو لا بالسبب ^(٥) والأصحاب على الفرق.

(ب) لو حبس صانعا ولم يستعمله ، لم يضمن أجرته ، لأن منافعه في قبضته ، فلا يدخل تحت الغصب كما لا يدخل عينه.

اما لو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ، فهل يضمن أجرته؟ قيل فيه قولان. أحدهما : نعم لوجوب الأجرة على المستأجر بنفس العقد ، وانما يسقط بالتقاييل ، أو امتناع الأجير من العمل ، والتقدير أنه ممكن باذل منافعه ، والتفريط والتضييع مستند إلى المستأجر باعتقاله ، فيستقر عليه الأجرة ، كما لو استأجر دارا وتسلمها وأهمل الانتفاع بها حتى خرجت المدة.

(١) المبسوط : ج ٧ كتاب الجراح ص ١٨ س ٣ قال : وان مات بسبب مثل ان لدعته حية الى قوله : فعليه الضمان.

(٢) المختلف : كتاب الأمانات (الفصل الخامس في الغصب) ص ١٨١ س ٣٢ فإنه بعد نقل قول المبسوط في الجراح قال : وفيه قوة إلخ.

(٣) المبسوط : ج ٣ كتاب الغصب ص ١٠٥ س ١٦ قال : وان غصب حرا صغيرا فتلف في يده فلا ضمان عليه بسبب كان أو غير سبب.

(٤) كتاب الخلاف : كتاب الغصب ، مسألة ٤٠ قال : إذا غصب حرا صغيرا فتلف في يده فلا ضمان عليه الى قوله : وان قلنا بقول أبي حنيفة كان قويا.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

ولو حبس صانعا لم يضمن أجرته. ولو انتفع به ضمن اجرة الانتفاع. ولا يضمن الخمر لو غصبت من مسلم ، ويضمنها لو غصبها من ذمي ، وكذا الخنزير. ولو فتح بابا على مال ضمن السارق ، دونه : ولو أزال القيد عن فرس ، فشرده ، أو عن عبد مجنون فأبق ، ضمن ، ولا يضمن لو ازاله عن عاقل.

(الثاني) في الاحكام.

يجب رد المغصوب وان تعسر كالحشبة في البناء ، واللوح في السفينة. ولو غاب ضمن الأرض. ولو تلف أو تعذر العود ضمن مثله ان كان متساوي الاجزاء ، وقيمته يوم الغصب ان كان مختلفا ، وقيل : أعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف. وفيه وجه آخر.

والآخر : لا ، وهو الذي قواه المصنف في الشرائع^(١) لأن منافع الحر في قبضته ، فلا يضمن الا بتفويتها. والتقدير ان الحابس لم يستوف شيئا من منافعه.

واعلم : ان موضوع المسألة ومحل الخلاف انما هو على تقدير وقوع العقد على العمل ثم حبسه مدة يمكن فيها استيفاؤه. اما لو كانت الإجارة متعلقة بالزمان المعين ثم اعتقله فيه ، فإنه يستقر عليه مال الإجارة قولاً واحداً.

قال طاب ثراه : ولو تلف أو تعذر العود ضمن مثله ان كان متساوي الاجزاء ، وقيمته يوم الغصب ان كان مختلفا ، وقيل : أعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف ، وفيه وجه آخر.

أقول : هنا مسائل.

(الأولى) يجب رد المغصوب مع بقاء عينه ، وان تعسر أو ادى الى تلف مال

(١) الشرائع : كتاب الغصب (في السبب) قال : ولو حبس صانعا لم يضمن أجرته إلخ.

الغاصب وكان أضعاف قيمة المغصوب كاللوح في السفينة الموفرة وهي في اللجة.
(الثانية) مع رد العين لأنظر إلى القيمة إذا كانت العين على صفاتها ، ولا يضمن تفاوت السوق ، فلو غصب منه شاة قيمتها عشرون درهما ثم ردها وقد نزل سوقها إلى خمسة ولم يتعيّب لم يكن عليه شيء ، ولو تعيبت بما أنقص قيمتها درهما بحيث صارت يساوي أربعة ، ضمن ستة عشر.

(الثالثة) إذا تلفت العين المغصوبة ، أو تعذر ردها ، بأن أخذها ظالم ، فإن كان مثليا . وهو ما يتساوى قيمة اجزائه كالحبوب والادهان . وجب على الغاصب ردّ مثله ، فلا عبرة بالقيمة ، زادت عن يوم الغصب أو نقصت ، لوجوه :

(أ) قوله تعالى ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(١).

(ب) ان مثله يعرف مشاهدة وقيمتة اجتهادا والمعلوم مقدم على المجتهد فيه.

(ج) انه إذا أخذ المثل نقدا فقد أخذ وفق حقه ، وان أخذ القيمة ربما زاد أو نقص ، فكان المثل اولى.

وان كان مختلفا . وهو ما لا يتساوى قيمة اجزائه كالأرض والثوب . ردّ قيمته.
وفي اعتبارها ثلاثة أقوال.

(الأول) قيمته يوم الغصب ، لأنه وقت انتقال الضمان اليه واعتلاقه به ، والضمان هنا بالقيمة ، فيقضى بها عليه حينئذ ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٢).
(الثاني) قيمته وقت التلف ، لأنه وقت استقرار الضمان ، إذ الغاصب انما خوطب بدفع القيمة عند التلف ضرورة وجوب رد العين مع بقائها ، فيقضى عليه

(١) سورة البقرة / ١٩٤.

(٢) المبسوط : ج ٣ كتاب الغصب ، ص ٦٠ س ٦ قال : وان أعوز المثل الى قوله : طالبه بقيمته حين القبض.

بالقيمة حين وجوبها ، وهو اختيار القاضي ^(١) والعلامة في المختلف ^(٢).
 (الثالث) أعلى القيم من حين الغضب الى حين التلف ، وهو اختيار الشيخ في
 النهاية ^(٣) والخلاف ^(٤) وموضع من المبسوط ^(٥) وهو ظاهر القواعد ^(٦) والإرشاد ^(٧) لأنه
 مضمون في جميع حالاته التي من جملتها الحالة العليا ، ولو تلف فيها لزمه ضمانه بتلك
 القيمة ، وكذا لو نقصت قيمته بعد ذلك ، لان تلك الزيادة التي لزمته شرعا لم يدفعها الى
 المالك ولا الى وكيله ، فتكون باقية في ذمته ، ولأنه يناسب التخليط.

- (١) المهذب : ج ١ كتاب حظر الغضب والتعدي ص ٤٣٥ س ١٤ قال : فإن أعوز المثل ولم يقدر عليه كان عليه القيمة.
- (٢) المختلف : ج ١ ، الفصل الخامس في الغضب ، ص ١٧٧ س ١٧ قال : (مسألة) إذا كان المغضوب من ذوات القيم وتلف وجب على الغاصب قيمته يوم التلف.
- (٣) ما عثرنا عليه من النهاية على خلاف المطلوب أدل لاحظ باب بيع الغرر والمجازفة ص ٤٠٢ س ٣ قال : رجع على الغاصب بقيمة يوم غضبه ، وأيضا في باب الإجازات ص ٤٤٦ س ٥ قال : ولزمه قيمتها يوم تعدى فيها.
- (٤) كتاب الخلاف : كتاب الغضب ، مسألة ٢٩ قال : وان كان مما لا مثل له فعليه أكثر ما كانت قيمته من حين الغضب الى حين التلف.
- (٥) المبسوط : ج ٣ كتاب الغضب ص ٧٢ س ٢ قال : فان هلك الثوب قبل الرد فعليه قيمة أكثر ما كانت من حين الغضب الى حين التلف.
- (٦) القواعد : ج ١ كتاب الغضب (الركن الرابع) ص ٢٠٣ س ٢٤ قال : الأول أقصى قيمته من يوم الغضب الى يوم التلف.
- (٧) الإرشاد : ج ١ في الغضب ، المطلب الثاني في الأحكام ص ٤٤٦ س ٣ قال : والأعلى من حين الغضب الى التلف على رأى.

ومع رده لا يرد زيادة القيمة السوقية ، وترد الزيادة لزيادة في العين أو الصفة. ولو كان المغصوب دابة فعابت ، ردها مع الأرض. ويتساوى بقيمة القاضي والشوكي. ولو كان عبدا (وكان الغاصب هو الجاني) ^(١) رده ودية الجناية ان كانت مقدرة. وفيه قول آخر ^(٢). ولو فرج الزيت بمثله رد العين ، وكذا لو كان بأجود منه ، ولو كان بأدون ضمن المثل. ولو زادت قيمة المغصوب فهو لمالكه ، اما لو كانت الزيادة لانضياف عين كالصبغ والإله في الأبنية أخذ العين الزائدة وردّ الأصل ، ويضمن الأرض ان نقص.

قال طاب ثراه : ولو كان عبدا رده ودية الجناية ان كانت مقدرة ، وفيه قول آخر. أقول : إذا جنى على العبد بما فيه مقدر ، المشهور : رده وأرش الجناية بالغ ما بلغ ، قال المصنف : وفيه قول آخر ، يحتمل ان تكون الإشارة به الى ما قال الشيخ في المبسوط : ان كان الأرض محيطة بالقيمة ليس له المطالبة إلا مع دفع العبد برمته ، تسوية بين الغاصب وغيره في الجناية ^(٣) وقال ابن إدريس : له إمساكه مع المطالبة بأرشه ^(٤) وهو ظاهر المصنف ^(٥) واختاره العلامة ^(٦).

(١) ما كتبه بين الهالين موجودة في النسخ المطبوعة التي بأيدينا من المختصر النافع وغير ثابتة في النسخ المخطوطة التي تحت تصرفنا من المذهب البارع.

(٢) المبسوط : ج ٣ كتاب الغصب ص ٦٢ س ٢٢ قال : إذا جنى على ملك غيره جنابة يحيط أرشها بقيمة ذلك الملك كان المالك بالخيار إلخ.

(٣) السرائر : باب الغصب ص ٢٧٧ س ٣٦ قال : وإذا غصب عبدا قيمته ألف فخصاه الى قوله : رده وقيمة الخصيتين إلخ.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) كتاب التحرير : ج ٢ كتاب الغصب (في الأحكام) ص ١٣٩ س ٢٧ قال : والأقرب عندي إلزام الغاصب بأكثر الأمرين من أرش النقص أو دية العضو إلخ.

(الثالث) في اللواحق ، وهي ستة.

(الاولى) فوائد المغصوب للمالك منفصلة كانت كالولد ، أو متصلة كالصوف والسمن ، أو منفعة كأجرة السكنى وركوب الدابة. ولا يضمن من الزيادة المتصلة ما لم تزد به القيمة كما سمن المغصوب وقيمتة واحدة.

(الثانية) لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد ، ويضمنه وما يحدث من منفعه وما يزداد في قيمته لزيادة صفة فيه.

ووجه الأول : ان المقتضي لوجوب الدفع على المالك أخذ القيمة بكما لها ، لئلا يجتمع للمالك العين القيمة.

ووجه الثاني : عموم وجوب إلزام الغاصب بدية جنايته ، وحمله على الجاني قياس ، وهو باطل ، والمأخوذ من الغاصب عوض الفأنت بالجناية ، والمناسبة التغليظ ، إذا الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال.

ويحتمل ان تكون الإشارة به الى ما اختاره المصنف في الشرائع : من كون الغاصب مطالباً بأكثر الأمرين من المقدر والأرض ، مثلاً قطع يده وهو يساوي مائتين ، فدية اليد مائة ، فلو نقص فلو نقص وخمسين (بأن صار يساوي خمسين ، فالأرض هنا مائة وخمسون ، فيضمنها الغاصب ، وإن بقي بعد القطع يساوي مائة وخمسون) ^(١) كان المقدر أكثر من الأرض فيضمن المقدر ، وهو مائة.

ووجه هذا الاحتمال : اما ضمان المقدر على تقدير زيادته ، فللعوم وأما الأرض على تقدير زيادته فلانه نقص أدخله على مال غصبه بسببه فيكون ضامناً له.

(١) ما كتبه بين الهالين لا يكون في النسخة المعتمدة ، ولكنه موجود في النسختين المخطوطتين الآخرين.

(الثالثة) إذا اشتراه عالما بالغصب فهو كالغاصب ، ولا يرجع المشتري بالثمن البائع بما يضمن ، ولو كان جاهلا دفع العين الى مالكها ، ويرجع بالثمن على البائع وبجميع ما غرمه مما لم يحصل له في مقابلته عوض كقيمة الولد ، وفي الرجوع بما يضمن من المنافع كعوض الشجرة واجرة السكنى تردد.

(الرابعة) إذا غصب حبّا فزرعه ، أو بيضة فافرخت ، أو خمرا فخلّلها ، فالكل للمغصوب منه.

(الخامسة) إذا غصب أرضا فزرعها ، فالزرع لصاحبه وعليه أجره الأرض ، ولصاحبها ازالة الغرس ، وإلزامه طمّ الحفرة ، والأرض ان نقصت. ولو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس لم تجب اجابته.

قال طاب ثراه : وفي الرجوع بما يضمن من المنافع كعوض الشجرة واجرة السكنى تردد. أقول : ما يغرمه المشتري للمالك عوضا عما ينتفع به من ثمرة ، أو صوف ، أو اجرة دار ، هل يرجع به على الغاصب؟ للشيخ قولان.

أحدهما : الرجوع لأنه سبب ، والمباشرة ضعفت بالغرور ، لأنه دخل على استيفاء هذه المنافع مجانا ، فلا يتعقبه ضمان.

والآخر عدم الرجوع لحصول العوض في مقابل التغيريم وأولوية المباشرة بالضمان مع مجامعة السبب ^(١).

(١) المبسوط : ج ٣ كتاب الغصب ص ٧١ س ١٧ قال : وان كان غرم ما دخل على انه له بغير بدل وقد حصل في مقابله نفع وهو اجرة الخدمة فهل يرجع بذلك على الغاصب أم لا؟ فيه قولان : أحدهما يرجع لأنه غرم والثاني لا يرجع ، وهو الأقوى ، لأنه وان غرم فقد انتفع بالاستخدام.

(السادسة) لو تلف المغصوب واختلفا في القيمة ، فالقول قول الغاصب ، وقيل :
قول المغصوب منه.

قال طاب ثراه : لو تلف المغصوب واختلفا في القيمة ، فالقول قول الغاصب ، وقيل :
القول قول المغصوب منه.

أقول : مختار المصنف هو مذهب الشيخ في الكتابين ^(١) ^(٢) وابن إدريس ^(٣) والعلامة ^(٤) لأنه منكر ، والأصل عدم زيادة القيمة ، وبراءة ذمته.

وقال الشيخ في النهاية : القول قول المالك ، ولا يقبل قول الغاصب لأنه خائن ^(٥) وهو قول المفيد ^(٦).

(١) المبسوط : ج ٣ كتاب الغصب ص ٧٥ س ١٤ قال : إذا غصب جارية فهلكت الى قوله : فان اختلفا في مقدار القيمة ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ، لأن الأصل براءة ذمته إلخ.

(٢) لم أظفر عليه في الخلاف ولكن نقله عنه في المختلف : ج ١ كتاب الأمانات ص ١٨٠ س ٧ قال : مسألة ، لو اختلفا في القيمة قال في المبسوط والخلاف : القول قول الغاصب مع يمينه لأنه منكر فيقدم قوله.

(٣) السرائر : باب الغصب ص ٢٧٨ س ١٨ قال : فان اختلفا في مقدار القيمة فالقول قول الغاصب مع يمينه إلخ.

(٤) المختلف : ج ١ كتاب الأمانات ص ١٨٠ س ٨ فإنه بعد نقل قول الشيخ في المبسوط والخلاف والنهاية قال : والأول (أي كون القول قول الغاصب) أصح.

(٥) النهاية : باب بيع الغرر والمجازفة ص ٤٠٢ س ٦ قال : فان اختلف في قيمة المتاع كان القول قول صاحبه إلخ.

(٦) المنفعة : باب اجازة البيع وصحته وفساده ص ٩٤ س ٢٤ قال : ولو ان إنسانا غصب من غيره متاعا الى قوله : فان اختلفا في القيمة كان القول قول صاحب المتاع مع يمينه بالله عز وجل.

كتاب الشفعة

كتاب الشفعة

وهي استحقاق في حصة الشريك لانتقالها بالبيع.
والنظر فيه يستدعي أموراً.

كتاب الشفعة

مقدمة

الشفعة لغة الزيادة قال تغلب^(١) : وذلك ان المشتري يشفع نصيب الشريك يزيد به بعد ان كان ناقصاً ، كأنه كان وتراً فصار شفعاً.
وشرعاً : استحقاق الشريك حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع.
والأصل فيه : النص والإجماع.
روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : الشفعة في كل مشترك ربع له أو

(١) وسئل أبو العباس (وهو الثعلبي كما عن معجم المؤلفين ج ٢ ص ٢٠٣) عن اشتقاق الشفعة في اللغة؟ فقال : الشفعة الزيادة ، وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه الى ما عندك فتزيده ، وتشفعه بها ، أي ان تزيده بها ، أي أنه كان وتراً واحداً فضم اليه ما زاده وشفعه به (لسان العرب ج ٨ ص ١٨٤ لغة شفع).

(الأول) ما تثبت فيه : وتثبت في الأرضين والمساكن إجماعا ، وهل تثبت فيما ينقل كالثياب والأمتعة؟ فيه قولان : والأشبه : الاقتصار على موضع الإجماع. وتثبت في النخل^(١) والشجر والابنية تبعا للأرض.

حائط ، فلا يحل له ان يبيعه حتى يعرضه على شريكه ، فان باعه فشريكه أحق به^(٢).
وروى سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال : الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة^(٣).
وأجمعت الأمة على ثبوتها وان اختلفوا في مسائلها.

تذنيب

الأشياء في الشفعة على ثلاثة أقسام.
(أ) ما يثبت فيه الشفعة متبوعا.
(ب) ما ثبت فيه تابعا.
(ج) ما لا يثبت فيه تابعا ولا متبوعا.
فالأول : العراض والأراضي المراح.
والثاني : البناء والشجر والبئر والطريق الضيقان ، والمقسوم المشترك طريقه ونهره
الواسعان.

والثالث : المنقولات والحيوان على أشهر القولين.
قال طاب ثراه : وهل يثبت فيما ينقل كالثياب والأمتعة؟ فيه قولان : والأشبه

(١) سنن أبي داود : ج ٣ كتاب البيوع ، باب في الشفعة ، الحديث ٣٥١٣ ولاحظ عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٥ باب الشفعة الحديث ١.
(٢) سنن أبي ماجه ج ٢ كتاب الشفعة (٣) باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة ص ٨٣٤ الحديث ٢٤٩٧ وفيه :
(قضى بالشفعة فيما لم يقسم).

.....

الاقتصار على موضع الإجماع.

أقول : للأصحاب في تعيين محل الشفعة أربعة أقوال.

- (الأول) انه غير المنقول كالبساتين والرباع والعراض ^(١) وهو قول الشيخ في المبسوط ^(٢)
وابن حمزة ^(٣) والطبرسي ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).
(الثاني) انه كل مبيع وهو قول السيد ^(٧) وأبي علي ^(٨) والقاضي ^(٩) وابن إدريس ^(١٠).

(١) العرصة بالفتح كل بقعة بين الدار واسعة ليس فيها بناء والجمع العراض والعرصات (مجمع البحرين لغة عرص).

(٢) المبسوط : ج ٣ كتاب الشفعة ص ١٦٠ س ١١ قال : فاما ما يجب فيه مقصورا متبوعا فالعراض والأراضي البراح إلخ.

(٣) الوسيلة : باب الشفعة ص ٢٥٨ س ٤ قال : الخلطة في نفس المبيع وفي حقوقه من الطريق والنهر والساقية إلخ.

(٤) المختلف : ج ٢ الفصل العشرون في الشفعة ص ١٢٤ س ٢٢ فإنه بعد نقل قول ابن حمزة قال : وهو قول الطبرسي.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) المختلف : ج ٢ الفصل العشرون في الشفعة ص ١٢٤ س ٢٢ قال : والمعتمد انما اثبت فيما يصح قسمته خاصة إلا المملوك.

(٧) الانتصار : ص ٢١٥ مسائل الشفعة س ٦ قال : مسألة ومما انفردت به الإمامية إثباتهم حق الشفعة في كل شيء من المبيعات إلخ.

(٨) المختلف : ج ٣ الفصل العشرون في الشفعة ص ١٢٤ س ٢٠ فإنه بعد نقل قول السيد قال : وكذا مذهب ابن الجنييد.

(٩) المهذب : ج ١ كتاب الشفعة ص ٤٥٨ س ١١ قال : وجميع ما هو من ضياع أو متاع أو عقار أو حيوان فإن الشفعة تصح فيه وهو الأظهر.

(١٠) السرائر : باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥١ س ٨ قال : وإذا تكاملت شروط استحقاق الشفعة استحققت في كل مبيع من الأرضين والحيوان إلخ.

(الثالث) انه كل مبيع بشرط إمكان القسمة ، فيخرج الطريق ، والنهر ، والحمام ، والعضائد الضيقة وهو قول الشيخ في النهاية ^(١).

(الرابع) انه غير المنقول ، والعبد خاصة من المنقولات ، نقله المصنف عن بعض الأصحاب ^(٢) واختاره العلامة في المختلف ^(٣) وظاهر الحسن ثبوتها في المقسوم أيضا ^(٤).

احتج الأولون : بأن الشفعة على خلاف الأصل ، لأن الأصل عدم التسلط على مال المسلم ، فيقتصر فيه على موضع الإجماع ويبقى الباقي على الأصل.

وبما روي عن الصادق عليه السلام : انما جعل رسول الله صلى الله عليه وآله : الشفعة فيما لا يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ^(٥) وانما للحصر ، والحدود انما يكون في الاملاك.

وروى جابر عن النبي صلى الله عليه وآله : لا شفعة إلا في ربع أو حائط ^(٦)

-
- (١) النهاية : باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ س ١٠ قال : ولا شفعة فيما لا يصح قسمته مثل الحمام والأرحية وما أشبههما.
- (٢) الشرائع : كتاب الشفعة (ما ثبت فيه الشفعة) قال : ومن الأصحاب من أوجب الشفعة في العبد دون غيره من الحيوان.
- (٣) تقدم آنفا تحت رقم (٦).
- (٤) المختلف : ج ٢ الفصل العشرون في الشفعة ص ١٢٥ س ١٠ قال : وقال ابن أبي عقيل : الشفعة في الأموال المشاعة والمقسومة جميعا.
- (٥) سنن أبي ماجه : ج ٢ كتاب الشفعة (٣) باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة ص ٨٣٤ الحديث ٢٤٩٩ والحديث عن جابر ولا حظ عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٥ باب الشفعة الحديث ٣ وما علق عليه.
- (٦) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٦ باب الشفعة الحديث ٤ وفي المبسوط : كتاب الشفعة ص ١١٨ س ١٦ قال : الشفعة في كل شركة ربع أو حائط.

.....

وهي للحصر أيضا.

وبرواية سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق ^(١).

احتج المعممون : برواية يونس عن بعض رجاله عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الشفعة لمن هي؟ وفي أي شيء هي؟ ولمن تصلح؟ وهل تكون في الحيوان شفعة؟ وكيف هي؟ فقال : الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع ^(٢) وهي مرسلة. فإن قيل : الرواية تدل على الجواز ، والكلام في الوجوب.

قلنا : جواز المطالبة بها للشفيع يستلزم لزومها للمشتري ، وهذا هو بعينه القول بوجوبه ، فإن أحدا لم يوجبها على الشريك ، بل هي حق له وله إسقاطه إجماعا. احتج المثبتون لها في العبد بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال في المملوك بين شركاء ، يبيع أحدهم نصيبه ، فيقول الآخر : أنا أحق ، أله ذلك؟ قال : نعم إذا كان واحدا ، فقليل له : في الحيوان شفعة؟ فقال : لا ^(٣).

احتج الشيخ على مطلوب النهاية : برواية طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال : لا شفعة إلا لشريك مقاسم ^(٤).

ولا تتحقق القسمة في البئر والطريق والحمام الضيقة.

(١) التهذيب : ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٦ الحديث ١٥ وفيه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام ، ورواه في المختلف : ج ٢ ص ١٢٤ س ٢٣ عن سليمان بن خالد ولم أظفر بهذا الحديث عنه.

(٢) التهذيب : ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٤ الحديث ٧.

(٣) التهذيب : ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٦ الحديث ١٢.

(٤) التهذيب : ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٧ الحديث ١٨ وفيه إلا لشريك غير مقاسم.

وفي ثبوتها في الحيوان قولان : المروي أنها لا تثبت. ومن فقهاءنا من أثبتها في العبد دون غيره ^(١) ولا تثبت فيما لا ينقسم كالعضائد والحمامات والنهر والطريق الضيق على الأ شبه.

قال طاب ثراه : وفي ثبوتها في الحيوان قولان : المروي أنها لا تثبت ، ومن فقهاءنا من أثبتها في العبد دون غيره.

أقول : البحث في هذه يعرف من البحث السابق.

قال طاب ثراه : ولا تثبت فيما لا يقسم كالعضائد والحمامات ، والنهر والطريق الضيق على الأ شبه.

أقول : هذا أيضا يعرف من البحث السابق. ونزيده إيضاحا.

فنقول : اختيار المصنف هنا هو اختيار الشيخ في النهاية ^(١) وهو اختياره في الكتابين ^(٢) ^(٣) وبه قال الفقيه ^(٤) وسالار ^(٥).

ومذهب المرتضى وابن إدريس ثبوتها ^(٦) ^(٧) عملا بالدليل المقتضي لثبوتها في

(١) النهاية : باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ س ٥ قال : ولا تثبت الشفعة بالاشتراك في الطريق والنهر والساقية إلخ.

(٢) المبسوط : ج ٣ كتاب الشفعة ص ١١٩ س ١٢ قال : إذا باع شقصا من مشاع لا يجوز قسمته شرعا كالحمام الى قوله : فلا شفعة فيها.

(٣) كتاب الخلاف : كتاب الشفعة ، مسألة ١٦ قال : إذا باع شقصا من مشاع لا يجوز قسمته شرعا كالحمام والأرحية إلى قوله فلا شفعة فيها.

(٤) المختلف : ج ٢ ، الفصل العشرون في الشفعة ص ١٢٥ س ٢٣ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط : وبه قال على بن بابويه.

(٥) المراسم : ذكر أحكام الشفعة ص ١٨٣ س ١١ قال : فما لا تصح قسمته لا شفعة فيه أيضا.

(٦) الانتصار : مسائل الشفعة ص ٢١٥ س ٦ قال : إثباتهم حق الشفعة في كل شيء إلى قوله : كان ذلك مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها.

(٧) السرائر : باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥١ س ٩ قال : في كل مبيع الى قوله : سواء كان ذلك مما يحتمل القسمة أو لم يكن على الأظهر.

ويشترط انتقاله بالبيع ، فلا تثبت لو انتقل بجهة ، أو صلح ، أو صداق ، أو صدقة ، أو إقرار.

المبيعات من غير استثناء ، ولأن الشفعة إنما شرعت لازالة الضرر ، وهو حاصل في غير المقسوم ، ولا فرق بين دوامه وجواز انفكاكه.

وأجيب : بأن التضرر إنما هو من تكلف القسمة لما يلحق من المؤنة ، وهذا المعنى غير متحقق في صورة النزاع ، لان ما لا يمكن لا يطلب ، إذ التقدير انه لا يمكن قسمته ، فقد ظهر الفرق بين الصورتين.

ولما رواه جابر ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : إنما جعلت الشفعة فيما لا يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطريق فلا شفعة ^(١).

ووجه الدلالة : انه أتى بالألف واللام وهما هنا للجنس ، فكان تقدير الكلام : جنس الشفعة فيما لا تقسم ولم يقيد نفي الماضي. وفي معناها (لما) و (لا) لنفي الأبد ، ولهذا صح دخولها على ما لا يصح قسمته شرعا ، فيقال : السيف لا يقسم ، ولا يقال : لم يقسم ، لأنه لا يصح اتصافه بالقسمة شرعا. واما (لم) فلا تدخل الآ على ما يمكن قسمته شرعا ، ويصح اتصافه بالقسمة في وقت ما من الأوقات ، ويؤيد قوله عليه السلام في تمام الحديث (فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق) فلا قسمة فيما لا يتحقق فيه تمايز الحدود. وصرفت الطرق ليس مرادا في الخبر ، وقد تصدّر فيه ب (انما) وهي للحصر ، فيقيد انتفاء الشفعة في صورة النزاع. ويعلم من هذا انتفائها عن المنقولات على اختلاف ضروبها ، لان الحدود إنما تكون في الاملاك.

(١) سنن ابن ماجه : ج ٢ كتاب الشفعة (٣) باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة ص ٨٣٤ الحديث ٢٤٩٩.

ولو كان الوقف مشاعا مع طلق فباع صاحب الطلق لم تثبت للموقوف عليه ، وقال المرتضى : تثبت ^(١) وهو أشبه.

قال طاب ثراه : ولو كان الوقف مشاعا مع طلق ، فباع صاحب الطلق لم تثبت للموقوف عليه شفعة ، وقال المرتضى : يثبت.

أقول : مختار السيد ^(١) هو مذهب التقي ^(٢) وعدم الثبوت مذهب الشيخ في المبسوط ^(٣) وقال ابن إدريس : ان كان الموقوف عليه واحد تثبت الشفعة ^(٤) واختاره العلامة في المختلف ^(٥).

والحاصل : ان هنا ثلاثة أقوال.

(أ) ثبوتها للموقوف عليه وان كان متعددا ، كالمساكين ، والأخذ للناظر ، وهو قول السيد.

(ب) عدم الثبوت مطلقا ، وهو قول المبسوط.

(ج) ثبوتها مع وحدة الموقوف عليه ، وهو مذهب العلامة وابن إدريس.

احتج السيد بعموم ثبوت الشفعة للشريك ، وهو أعم من الواحد وما زاد.

واحتج الشيخ : بعدم انحصار الحق في الموقوف عليه ، وبعدم الانتقال اليه.

واحتج ابن إدريس : بأنه شريك واحد ، فكان له الشفعة كالطلق.

(١) الانتصار : في مسائل الشفعة ص ٢٢٠ س ٢٣ قال : (مسألة) ومّا انفردت به الإمامية القول : بأن لإمام المسلمين وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التي ينظرون فيها على المساكين أو على المساجد ومصالح المسلمين.

(٢) لم أعثر عليه في الكافي ولا في غيره من مظانه.

(٣) المبسوط : ج ٣ كتاب الشفعة ص ١٤٥ س ١٦ قال : إذا كان نصف الدار وقفا ونصفها طلقا فبيع الطلق لم يستحق أهل الوقف الشفعة بلا خلاف.

(٤) السرائر : باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥٣ س ١٥ قال : فان كان الوقف على واحد صح ذلك.

(٥) المختلف : ج ٢ في أحكام الشفعة ص ١٢٩ س ٣١ قال : بعد نقل قول ابن إدريس : وهو الأقوى.

(الثاني) في الشفيع ، وهو كل شريك بحصته مشاعة قادر على الثمن. فلا تثبت للذمي على مسلم ، ولا بالجوار ، ولا لعاجز عن الثمن ، ولا فيما قسّم وميّز إلا بالشركة في الطريق أو النهر إذا بيع أحدهما أو هما مع الشقص. وتثبت بين شريكين. ولا تثبت لما زاد على أشهر الروايتين.

قال طاب ثراه : وتثبت بين شريكين ولا تثبت لما زاد على أشهر الروايتين.
أقول : المشهور أنّ الشفعة لا تثبت مع كثرة الشفعاء وهو اختيار الشيخ ^(١) وبه قال السيد ^(٢) وابن إدريس ^(٣) وسالار ^(٤) والتقي ^(٥) والقاضي ^(٦) وابن زهرة ^(٧).
وبالثبت قال الصدوق ^(٨) وأبو علي ^(٩).
وهل هي على قدر السهام ، أو على عدد الرؤوس؟ على الأول أبو علي ^(١٠) وعلى

-
- (١) النهاية : باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ س ٢ قال : وإذا زاد الشركاء على اثنين بطلت الشفعة.
(٢) الانتصار : مسائل الشفعة ص ٢١٦ س ١٧ قال : (مسألة) ومّا انفردت به الإمامية إلى قوله : وإذا زاد العدد على اثنين فلا شفعة.
(٣) السرائر : باب الشفعة وأحكامها ص ٣٥٠ س ١٥ قال : فشروط استحقاقها ستة إلى قوله : وان يكون الشريك واحدا على الصحيح من المذهب.
(٤) المراسم : ذكر أحكام الشفعة ص ١٨٣ س ٤ قال : فما كان مالكة زائدا على اثنين فلا شفعة فيه.
(٥) الكافي : فصل في الشفعة ص ٣٦١ س ٤ قال : منها كون المبيع سهما من اثنين إلخ.
(٦) المهذب : ج ١ كتاب الشفعة ص ٤٥٣ س ٩ قال : وإذا كان اثنان شريكين في دار وليس فيها شريك غيرهما إلى قوله : كان لشريكه الشفعة.
(٧) الغنية : في الجوامع الفقهية ، فصل في الشفعة ص ٥٩٠ س ١٥ قال : وشروطها ستة إلى قوله : وان يكون واحدا.
(٨) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (٣٦) باب الشفعة ص ٤٦ قال بعد نقل حديث ١٠ من قوله عليه السلام : (فان زاد على اثنين فلا شفعة) ما لفظه : يعني بذلك الشفعة في الحيوان وحده ، فاما في غير الحيوان فالشفعة واجبة وان كانوا أكثر من اثنين.
(٩) المختلف : ج ١ في أحكام الشفعة ص ١٢٦ س ١٣ قال : وقال ابن الجنيّد : الشفعة على قدر السهام من الشركة ، ولو حكم بها على عدد الشفعاء جاز.
(١٠) المختلف : ج ١ في أحكام الشفعة ص ١٢٦ س ١٣ قال : وقال ابن الجنيّد : الشفعة على قدر السهام من الشركة ، ولو حكم بها على عدد الشفعاء جاز.

ولو ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام ، فان لم يحضره بطلت ، ولو قال : انه في بلد آخر أجل بقدر وصوله وثلاثة أيام ما لم يتضرر المشتري. وتثبت للغائب والسفيه والمجنون والصبي ويأخذ لهم الولي مع الغبطة ، ولو ترك الولي فبلغ الصبي ، أو أفاق المجنون فله الأخذ. (الثالث) في كيفية الأخذ : ويأخذ بمثل الثمن الذي وقع عليه العقد. ولو لم يكن الثمن مثليا كالرقيق والجواهر أخذه بقيمته. وقيل : تسقط الشفعة استنادا إلى رواية فيها احتمال.

الثاني الصدوق ^(١).

ويحتج للأول : بأن المقتضي للشفعة ، الشركة ، والمعلول يتزايد بتزايد علته ، وينتقص بنقصها إذا كانت قابلة للضعف.

ويحتج للثاني : بالرواية المنقولة عن علي عليه السلام : ان الشفعة تثبت على عدد الرجال ^(٢).

ولأن سبب الاستحقاق الشركة في الجملة ، ولو بأقل جزء ، فيستوي فيه القليل والكثير.

وهو امتن من الأول.

قال طاب ثراه : ولو لم يكن الثمن مثليا كالرقيق والجواهر أخذه بقيمته ، وقيل : تسقط الشفعة استنادا إلى رواية فيها احتمال.

أقول : إذا كان الثمن المدفوع عوض الشقص المشفوع قيميا كالثوب والرقيق ، هل تبطل الشفعة؟ لعدم إمكان أداء مثل الثمن ، أو تثبت الشفعة ويدفع قيمة

(١) المختلف : ج ١ في أحكام الشفعة ص ١٢٥ س ٢٦ قال : وقال الصدوق الى قوله : وروي ان الشفعة على عدد الرجال.

(٢) التهذيب : ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٦ الحديث ١٣.

العرض وقت العقد؟ الشيخ في الخلاف على الأول ^(١) وبه قال ابن حمزة ^(٢) والطبرسي ^(٣) والعلامة في المختلف ^(٤).

والمفيد ^(٥) والشيخ في المبسوط على الثاني ^(٦) وبه قال التقي ^(٧) وابن إدريس ^(٨) واختاره المصنف ^(٩) وهو أحد قولي العلامة ^(١٠).

احتج الأولون : بأصالة عدم التسلط إلا في موضع الإجماع ، فيقتصر عليه . ولأنها معاوضة بغير رضا ، فيبطل لقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ ^(١١).

فان قلت : التراضي غير شرط في الشفعة إجماعاً ، فيبطل الاستدلال.

أجيب : بأنه في المثل لا اثر لتسخط المأخوذ منه ، لاسترجاعه ما يساويه في المصلحة ، بخلاف القيمة ، فإن المشتري إنما خرج عن سلعته بإزاء العين المطلوبة ،

(١) كتاب الخلاف : كتاب الشفعة مسألة ٧ قال : وان كان بثمان لا مثل له كالثياب والحيوان ونحو ذلك فلا شفعة له.

(٢) الوسيلة : باب الشفعة ص ٢٥٨ س ٤ قال : والثاني ان يباع بذوات الأمثال من الثمن.

(٣) المختلف : ج ٢ ص ١٢٦ س ٢١ قال : بالأول (أي بطلان الشفعة) قال الطبرسي إلى قوله : والمعتمد الأول.

(٤) المختلف : ج ٢ ص ١٢٦ س ٢١ قال : بالأول (أي بطلان الشفعة) قال الطبرسي إلى قوله : والمعتمد الأول.

(٥) المقنعة : باب الشفعة ص ٩٦ س ٢٦ قال : وإذا باع الإنسان شقصا لعبد أو أمة كان لشريكه الشفعة على المتاع بقيمة العبد والأمة وكذلك الحكم في جميع العروض.

(٦) المبسوط : ج ٣ كتاب الشفعة ص ١٠٨ س ٦ قال : وان لم يكن له مثل أخذه بقيمته.

(٧) الكافي : فصل في الشفعة ص ٣٦٢ س ١٣ والشفعة مستحقة في جميع المبيعات من العروض والحيوان.

(٨) السرائر : باب الشفعة وأحكامها ص ٣٥٠ س ١٣ قال : تسليم المبيع يمثل ما بذل فيه أو قيمته على الصحيح من أقوال أصحابنا.

(٩) لاحظ عبارة النافع.

(١٠) القواعد : ج ١ في الشفعة ص ٢١٣ س ٢٠ قال : وان كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد.

(١١) سورة النساء / ٢٩.

وللشفيع المطالبة في الحال ، ولو آخر لا لعذر بطلت شفيعته ، وفيه قول آخر ، ولو كان لعذر لم تبطل ^(١). وكذا لو توهم زيادة ثمن ، أو جنسا من الثمن فبان غيره ، ويأخذ الشفيع من المشتري ودركه عليه. ولو انهدم المسكن أو عاب بغير فعل المشتري أخذ الشفيع بالثمن أو ترك ، وإن كان بفعل المشتري أخذ بحصته من الثمن.

فاذا تعذر وجب ردّ عينه اليه.

ولرواية علي بن رثاب عن الصادق عليه السلام في رجل اشترى دارا برقيق ومتاعا وبز ^(١) وجوهر ، قال : ليس لأحد فيها شفعة ^(٢).

ويقرب منها رواية هارون بن حمزة عنه عليه السلام إلى أن قال : فهو أحق بها من غيره بالثمن ^(٣). وإنما بتحقيق ذلك في المثلي.

قال المصنف : وفيها احتمال إشارة إلى الرواية الأولى ، لأنها مقصورة على من اشترى دارا برقيق ومتاع ، فلا تعدي الى غيرها. ورواية هارون أيضا ليست بصريحة ، لأن القيمة مماثله أيضا غالبا ، وابن الجنيّد نفى الشفعة الا ان يأتي الشفيع بعين الثمن ، جمعا بين حقه وحق المشتري ^(٤).

قال طاب ثراه : ولو آخر لا لعذر بطلت شفيعته ، وفيه قول آخر ، ولو كان لعذر لم تبطل.

(١) في الخبر : كان النبي صلى الله عليه وآله بزازا ، البزاز بالفتح وتشديد الزاء الاولى صاحب البز ، والبز من الثياب أمتعة التاجر ، ومنه قدم بَز من اليمن ، ومنه اشتروا بزا فاشتركوا (مجمع البحرين لغة بَز).

(٢) التهذيب : ج ٧ (١٤) (باب الشفعة) ص ١٦٧ الحديث ١٧.

(٣) الكافي : ج ٥ (باب الشفعة) ص ٢٨١ قطعة من حديث ٥.

(٤) المختلف : ج ١ (الفصل العشرون في الشفعة) ص ١٢٦ س ٢١ قال : وقال ابن الجنيّد : إذا انتقل عنه بعروض لم يجعل عوضا من ثمن مقرر لم يكن للشفيع شفعة الا ان يرد على المشتري تلك العين بذاتها لا بثمنها.

أقول : طلب الشفعة هل هو على الفور؟ بمعنى ان الشريك إذا ترك الطلب مع القدرة بطلت شفيعته ، أو ليس هو على الفور ، بل هو حق له لا يسقط الا بصريح الاسقاط ، فيه مذهبان.

الفور : وهو اختيار الشيخ ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) وابن حمزة ^(٣) واختاره المصنّف والعلامة في المختلف ^(٤).

والتراخي : مذهب السيد ^(٥) وأبي علي ^(٦) والصدوق ^(٧) وابن إدريس ^(٨) وهو ظاهر التقى ^(٩).

احتج الأولون بوجوه.

(١) كتاب الخلاف : كتاب الشفعة مسألة ٤ قال : مطالبة الشفيع على الفور إلخ وفي النهاية باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ س ١٦ قال : وإذا علم الشريك بالبيع ولم يطالبه بالشفعة إلى قوله : لم يكن له بعد ذلك المطالبة بالشفعة.

(٢) المهذب : ج ١ كتاب الشفعة ص ٤٥٨ س ١٩ قال : ومن وجبت له الشفعة فطوبى بإحضار المال فمطل به الى قوله : بطلت شفيعته.

(٣) الوسيلة : (باب الشفعة) ص ٢٥٨ س ١٠ قال : والسابع : المطالبة بما على الفور.

(٤) المختلف : ج ١ (الفصل العشرون في الشفعة) ص ١٢٧ س ١١ قال : والمعتمد الأول ، أي الفور.

(٥) الانتصار مسائل الشفعة ص ٢١٩ س ١ قال : (مسألة) وما ظن انفراد الإمامية به ان حق الشفعة لا يسقط إلا بان يصرح الشفيع إلخ.

(٦) المختلف : ج ١ (الفصل العشرون في الشفعة) ص ١٢٧ س ١٠ فبعد نقل قول السيد قال : وبه قال ابن الجنيد.

(٧) لم أظفر عليه في المقنع والهداية وفي المختلف : (في الشفعة) ص ١٢٧ س ١٠ قال بعد نقل قول السيد : وبه قال ابن الجنيد وعلي بن بابويه.

(٨) السرائر : باب الشفعة وأحكامها ص ٣٥٠ س ٣٥ قال : وبعضهم يذهب إلى انه لا يسقط مع القدرة والعلم وتأخير الطلب وهذا هو الأظهر بين الطائفة إلخ.

(٩) الكافي : الشفعة ص ٣٦١ . ٣٦٢.

(أ) انها حق بني على التضييق بدليل ثبوتها في بعض دون بعض ، وعلى وجه دون وجه ، فلا تناسب التوسعة.

(ب) عدم القول بكونها على الفور يؤدي الى ضرر المشتري ، إذ لا يرغب في عمارة ملكه لتزله ، وهو منفي بقوله عليه السلام : (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)^(١).

(ج) رواية علي بن مهزيار قال : سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة ، فذهب على ان يحضر المال فلم ينض ، فكيف يصنع صاحب الأرض ان أراد بيعها؟ أبيعها أو ينتظر مجيء صاحب الشفعة؟ قال عليه السلام : ان كان معه في المصر فلينتظره إلى ثلاثة أيام ، فإن أتاه بالمال ، وآلا فليبع وبطلت شفעתه في الأرض^(٢).

حكم عليه السلام ببطلان الشفعة بعد مضي ثلاثة أيام ، فلو كانت على التراخي لم تبطل كما إذا لم يطالب إذ ليس للمطالبة أثر في بطلانها ، لأنه سبب في وجودها ، فلا يؤثر في عدمها.

(د) الأصل عدم انتزاع مال الغير قهراً إلا في موضع الإجماع.

وروى العامة عن النبي صلى الله عليه وآله : الشفعة لمن يأتيها^(٣).

احتج الآخرون بوجهين :

(أ) وجود سبب الثبوت وهو البيع ، والأصل بقاء ما كان على ما كان عليه.

(ب) أنّ سائر الحقوق كالوديعة وأمثالها لا تسقط إلا بالإسقاط ، فكذلك الشفعة.

(١) لاحظ عوالي اللثالي : ج ١ ص ٣٨٣ الحديث ١١ وج ٢ ص ٧٤ الحديث ١٩٥ وج ٣ ص ٢١٠ الحديث

٥٤ وأيضاً ج ١ ص ٢٢٠ الحديث ٩٣ وفيه (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) ولاحظ ما علق عليها.

(٢) التهذيب : ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٧ الحديث ١٦.

(٣) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٤٧٨ الحديث ١٣.

ولو اشترى بضمن مؤجل ، قيل : هو بالخيار بين الأخذ عاجلا والتأخير وأخذه بالضمن في محله. وفي النهاية : يأخذ الشقص ويكون ضمن مؤجلا ، ويلزم كفيلا إن لم يكن مليا وهو أشبه. ^(١) ولو دفع الشفع الثمن قبل حلوله لم يلزم البائع أخذه. ولو ترك الشفع قبل البيع لم تبطل.

وأجيب : بالمنع من سببية البيع نفسه ، بل هو حدوث علة ، والحدوث يبطل في زمان البقاء. والاستصحاب ضعيف ، ولا نسلم ان مطلق الحقوق لا تبطل بالترك ، بل هو مختص بما عدى الفوري ، على ان الفرق حاصل بين الإيداع والشفعة ، وهو الضرر في الثاني دون الأول.

قال طاب ثراه : ولو اشترى بضمن مؤجل ، قيل : هو بالخيار بين الأخذ عاجلا ، والتأخير وأخذه بالضمن في محله. وقال في النهاية : يأخذ الشقص ويكون ضمن مؤجلا ، ويلزم كفيلا ان لم يكن مليا ، وهو أشبه.

أقول : بالأول قال الشيخ في الكتابين ^(١) ^(٢) وبالثاني قال في النهاية ^(٣) وبه قال المفيد في المقنعة ^(٤) وابن إدريس ^(٥) واختاره المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧).

(١) المبسوط : ج ٣ كتاب الشفعة ص ١١٢ س ٤ قال : ان الشفع بالخيار بين ان يأخذ بالضمن حالا وبين ان يؤخر إلخ.

(٢) كتاب الخلاف : كتاب الشفعة مسألة ٩ قال : إذا اشترى شقصا بمائة إلى سنة كان للشفع المطالبة بالشفعة ، وهو مخير إلخ.

(٣) النهاية : باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥ س ٦ قال : وان بيع الشيء نسيئة كان عليه الثمن كذلك إذا كان مليا إلخ.

(٤) المقنعة : باب الشفعة س ٢٩ قال : وإذا باع إنسان شقصا إلى أجل كان الشفع أحق به الى الأجل ان كان مليا إلخ.

(٥) السرائر : باب الشفعة وأحكامها ص ٣٥١ س ٣ قال : والذي يقوى في نفسي ما ذكره في نهايته.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف : ج ٢ (الفصل العشرون في الشفعة) ص ١٢٨ س ٧ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية أولا قال : والمعتمد الأول.

أما لو شهد على البائع ، أو بارك للمشتري ، أو للبائع ، أو اذن في البيع ففيه التردد. والسقوط أشبه.

لوجوبها على الفور ، ويحصل الوثوق للمشتري بالكفيل ، وإن لم يقيم كفيلًا تخير بين النزول عن الشفعة ، ووزن الثمن حالًا إن لم يكن مليا ، ومع الملاءة لا يجب الكفيل.

تفريع

لو طرأ على الشفيع الإعسار قبل حلول الثمن وحجر عليه كان حق المشتري مقدما لوجود عين ماله ، ولو لم يدفع اليه الثمن رجع في العين.

ولو مات المشتري أو الشفيع قبل الأجل ، حلّ ، ولا يحل لو مات البائع. ولا يسترد النماء لو استرد العين للعجز على الظاهر ، ويحتمله لظهور بطلان الأخذ ، والأول أقوى كالمفلس في غير الشفعة ، ولا نسلم بطلان الأخذ ، بل تجدد استحقاق الرجوع بالإفلاس.

قال طاب ثراه : أما لو شهد على البائع ، أو بارك للمشتري ، أو للبائع ، أو اذن في البيع ففيه التردد والسقوط أشبه.

أقول : وجه التردد : ظهور امارة الرضا بالبيع في كل هذه الصور ، وهو الجامع بينها ، فتبطل الشفعة.

ومن وجود السبب المقتضي لثبوتها شرعا ، وهو البيع ، والأصل عدم بطلانه إلا بمتنفق عليه ، ولم يحصل ، فبقي على أصله. ولا احتمال ذلك غير الرضا. هذا هو تقرير التردد في الجميع على سبيل الاجمال.

واما على سبيل التفصيل فيتضح بوصفه في مسائل.

(الأولى) نزول الشفيع عن الشفعة قبل البيع ، هل يبطل به؟ قال المصنف : لا ^(١) وهو مذهب أبي علي ^(٢) وابن إدريس ^(٣) واختيار العلامة في القواعد ^(٤) والمختلف ^(٥) لأنه نزول عما لم يجب ، فجرى مجرى إسقاط المرأة صداقها قبل العقد ، وإبراء الجاني قبل الجنائية ، والمديون قبل الاستدانة ، فلا يتعلق به حكم.

وقال العلامة في الإرشاد : تبطل ^(٦) وهو مذهب الشيخين ^(٧) ^(٨) وابن حمزة ^(٩) لوجهين.

-
- (١) الشرائع : فيما تبطل به الشفعة قال : ولو نزل عن الشفعة قبل البيع لم تبطل مع البيع إلخ.
- (٢) المختلف : ج ٢ (الفصل العشرون في الشفعة) ص ١٢٩ س ٤ قال : وقال أبو علي : لا يكون ترك الشفيع إياها قبل البيع مبطلا ما وجب له منها بعد البيع ، وهو المختار.
- (٣) السرائر : باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥٢ س ٩ قال : والاولى ان يقال : ان في جميع الأحوال للشفيع المطالبة بها ، لأنه انما يستحقها بعد البيع ولا حق له قبل البيع ، فاذا عفى قبله فما عفى عن شيء يستحقه إلخ.
- (٤) القواعد : ج ١ (الفصل الرابع في مسقطات الشفعة) ص ٢١٦ س ٧ قال : ولو أسقط حقه من الشفعة قبل البيع أو نزل عنها إلى قوله : فالأقرب عدم السقوط.
- (٥) المختلف : ج ٢ (الفصل العشرون في الشفعة) ص ١٢٩ س ٤ قال : وقال أبو علي : لا يكون ترك الشفيع إياها قبل البيع مبطلا ما وجب له منها بعد البيع ، وهو المختار.
- (٦) الإرشاد : ج ١ في الشفعة ص ٣٨٧ س ١٣ قال : وتبطل الشفعة بالترك مع علم البيع الى قوله : وبالنزول قبل البيع على رأي.
- (٧) المقنعة : باب الشفعة ص ٩٦ س ١٩ قال : ومتى باع إنسان شيئا الى قوله : والشريك حاضر فأمضى البيع وبارك للمبتاع بطلت شفيعته.
- (٨) النهاية : باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥ س ٩ قال : ومتى عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يردده الى قوله : لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة بها.
- (٩) الوسيلة : باب الشفعة ص ٢٥٨ س ١١ قال : وتسقط بثلاثة عشر شيئا الى قوله : وبترك الشفيع على المبتاعين أو على أحدهما. وبان يشهد على البيع وان يسكت عن طلب الشفعة مختارا وإبائه عن الابتاع إلخ.

(أ) ان الشفعة إنما شرعت لازالة الضرر ، ونزوله عنها قبل البيع يؤذن بانتفائه ، فتنتفي الشفعة لانتفاء موجبها.

(ب) ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه ، فان باع ولم يأذن فهو أحق به ^(١) علق الاستحقاق على عدم الاستيذان ، والنزول أبلغ من الاذن ، وهي لا تثبت معه ، والا لم يبق للاستيذان معنى. ولا نسلّم انه من باب الاسقاط حتى يتوقف على تحقق الاستحقاق ، بل هو من باب الإرفاق وقد شرع لمعنى ، فيزول بزوال ذلك المعنى.

(الثانية) لو شهد على البائع هل يبطل به؟ قال في النهاية : نعم ^(٢) وبه قال ابن حمزة ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) ونجيب الدين يحيى بن سعيد ^(٥) وقال ابن إدريس : لا تبطل ^(٦) (الثالثة) إذا بارك لهما ، أو لأحدهما قال في النهاية تبطل ^(٧) وبه قال يحيى بن سعيد ^(٨) ومنع في المبسوط ^(٩) واختاره المصنف ^(١٠) وابن إدريس ^(١١).

(١) سنن أبي داود : ج ٣ باب في الشفعة ص ٢٨٥ الحديث ٣٥١٣ وفيه (لا يصلح ان يبيع).
(٢) النهاية : باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ س ١٦ قال : أو شهد على البيع الى قوله : لم يكن له بعد ذلك المطالبة بالشفعة.

(٣) الوسيلة : باب الشفعة ص ٢٥٩ س ١١ قال : وتسقط بثلاثة عشر الى قوله : وبان يشهد على البيع.
(٤) الشرائع : (فيما تبطل به الشفعة) قال : وكذا لو شهد على البيع ، ولاحظ عبارة النافع.
(٥) الجامع للشرائع : باب الشفعة ص ٢٧٨ س ٧ قال : أو شهد البيع الى قوله : فلا شفعة له.
(٦) السرائر : باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥٢ س ٧ قال : ومتى شهد الشفيع حق البيع لم تبطل شفيعته.
(٧) النهاية : باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ س ١٧ قال : أو بارك للبائع فيما باع أو للمشتري فيما ابتاع لم يكن له بعد ذلك المطالبة بالشفعة.

(٨) الجامع للشرائع : باب الشفعة ص ٢٧٨ س ٧ قال : أو بارك لشريكه في البيع أو للمشتري فلا شفعة له.
(٩) المبسوط : ج ٣ كتاب الشفعة ص ١٤١ س ٢٤ قال : فلما لقي المشتري قال له : سلام عليك بارك الله لك الى قوله : لم تسقط شفيعته.

(١٠) لاحظ عبارة النافع.

(١١) لم نعثر عليه في السرائر.

(الرابعة) لو اذن قبل البيع ، أبطلها في النهاية ^(١) وبه قال يحيى ^(٢) وأثبتها ابن إدريس ^(٣) واختاره المصنف ^(٤).

(الخامسة) التوكيل في البيع والشراء : ذهب في المبسوط ^(٥) والخلاف ^(٦) الى عدم البطلان به ، وبه قال ابن إدريس ^(٧) لأن اتحاد سبب الشفعة لا توجب نفيها ، وقال العلامة في المختلف : تبطل ^(٨) لان رضا المتعاقدين ثابت الى تمام العقد ، فقارن رضاه بالبيع القبول ، والأصل بقاؤه ، فبطلت واختاره فخر المحققين ^(٩).

(١) النهاية : باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥ س ٩ قال : ومتى عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يرده الى قوله : لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة بها.

(٢) الجامع للشرائع : باب الشفعة ص ٢٧٨ س ٧ قال : فان عرف البيع ولم يطالب الى قوله : فلا شفعة له.

(٣) السرائر : باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥٢ س ٩ قال : والاولى ان يقال : ان جميع الأحوال للشفيع المطالبة بها إلخ.

(٤) الشرائع : فيما تبطل به الشفعة ، قال : أو اذن للمشتري في الابتياح فيه تردد ، ولاحظ عبارة النافع حيث قال : والسقوط أشبه.

(٥) المبسوط : ج ٣ كتاب الشفعة ص ١٢٥ س ١٤ قال : إذا كان الشفيع وكيلا في بيع الشقص الى قوله : لم يسقط بذلك شفيعته.

(٦) كتاب الخلاف : كتاب الشفعة مسألة ٢٧ قال : إذا كان الشفيع وكيلا في بيع الشقص الى قوله : لم يسقط بذلك شفيعته.

(٧) السرائر : باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥٢ س ٢٣ قال : إذا كان الشفيع وكيلا الى قوله : فإنه يستحق الشفعة ولا تسقط بوكالته.

(٨) المختلف : ج ١ (الفصل العشرون في أحكام الشفعة) ص ١٢٩ س ١٩ قال بعد نقل قول المبسوط : والوجه عندي بطلان الشفعة.

(٩) الإيضاح : ج ٢ كتاب الشفعة ص ٢١٨ س ٢٠ قال : والأقوى عندي اختيار والدي في المختلف.

ومن اللواحق مسألتان.

(الأولى) قال الشيخ : الشفعة لا تورث. وقال المفيد وعلم الهدى : تورث ، وهو أشبه. ^(١) ولو عفا أحد الورثة عن نصيبه ، أخذه الباقي ولم تسقط.
(الثانية) لو اختلف المشتري والشفيع في الثمن ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه ينتزع الشيء من يده.

قال طاب ثراه : قال الشيخ : الشفعة لا تورث ، وقال المفيد وعلم الهدى : تورث ، وهو الأشبه.

أقول : قال الشيخ في النهاية : وموضع من الخلاف لا تورث ^(١) ^(٢) وتبعه القاضي ^(٣) وابن حمزة ^(٤) والطبرسي ^(٥) لقول علي عليه السلام : لا تورث الشفعة.
وهي رواية طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام قال : لا تورث الشفعة ^(٦) وهو بزي ، وقال في موضع من الخلاف تورث ^(٧) وهو

-
- (١) النهاية : باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥ س ٢٠ قال : ولا يصح ان تورث الشفعة كما تورث الأموال.
(٢) كتاب الخلاف : كتاب الشفعة ، مسألة ١٢ قال : المنصوص لأصحابنا ان الشفعة لا تورث.
(٣) المهذب : ج ١ كتاب الشفعة ص ٤٥٩ س ٥ قال : والشفعة لا تكون موروثة كما تورث الأموال.
(٤) الوسيلة : باب الشفعة ص ٢٥٩ س ٨ قال : والشفعة لا تورث كالأموال.
(٥) المختلف : ج ١ (الفصل العشرون في أحكام الشفعة) ص ١٢٨ س ٢٦ قال بعد نقل قول النهاية : وبه قال الطبرسي.
(٦) التهذيب : ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٧ قطعة من حديث ١٨.
(٧) كتاب الخلاف : كتاب البيوع ، مسألة ٣٦ قال : وكذلك إذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة قام وارثه مقامه.

مذهب أبي علي ^(١) والمفيد ^(٢) والسيد ^(٣) لعموم آية الإرث ^(٤).
واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).

فرع

وهي تورث كالمال ، فيأخذ كل من الورثة قدر نصيبه ، فتأخذ الزوجة الثمن ، والزوج الربع اللهم إلا ان تخلو الزوجة من الولد ، فلا ترث من شفعة الأرض ، نعم لو بيعت مع شجر أو نخل أخذت حصتها منه.

ولو عفا أحد الورثة كان للباقي أخذ الجميع ، ولو أراد الاقتصار على أخذ حقه منع ، بل اما ان يأخذ الجميع أو يترك ، لأنها في الأصل انما شرعت لازالة الضرر بالشركة ، ولو أجزنا له ذلك تطرق الضرر إلى المشتري ببقائها وتبعيض الصفقة عليه ، وهو منفي.

(١) المختلف : ج ١ (الفصل العشرون في أحكام الشفعة) ص ١٢٨ س ٢٥ قال بعد نقل قول المفيد والمرتضى : وهو قول ابن الجنييد.

(٢) المقنعة : باب الشفعة ص ٩٦ س ٢١ قال : وإذا مات صاحب الشفعة كان لورثته القيام مقامه فيها.

(٣) الانتصار : مسائل الشفعة ص ٢١٧ س ١٧ قال : فإن الشفعة عندنا تورث إلخ.

(٤) سورة النساء / ١٢ قال تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ إلى آخر الآية وكذلك استشهد العلامة في المختلف.

(٥) الشرائع : (المقصد الرابع) في لواحق الأخذ بالشفعة قال : الثالثة : وهي تورث كالمال إلخ ولاحظ عبارة النافع.

(٦) المختلف : ج ١ (الفصل العشرون في أحكام الشفعة) ص ١٢٨ س ٢٨ قال بعد نقل قول ابن إدريس :

وهو المختار ، لنا ، عموم قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾.

كتاب احياء الموات

كتاب احياء الموات

والعامر ملك لأربابه لا يجوز التصرف فيه الا بإذنه. وكذا ما به صلاح العامر كالطريق والشرب والمراح.

والموات ما لا ينتفع به لعطلته ممّا لم يجر عليه ملك ، أو ملك وباد اهله ، فهو للإمام لا يجوز إحياءه إلا بإذنه ، ومع اذنه يملك بالاحياء.

ولو كان الإمام غائبا فمن سبق إلى إحيائه كان أحق به ، ومع وجوده له رفع يده.

ويشترط في التملك بالاحياء : الا يكون في يد مسلم ، ولا حريما

كتاب احياء الموات

مقدمة

الاحياء إخراج الشيء من حد الخراب والعطلة إلى حيز الانتفاع.

والموت ضد الحياة ، والموات بضم الميم الموت ، وبالفتح ما لا روح فيه. والموات أيضا الأرض التي لا مالك لها من الادميين ، ولا ينتفع بها ، والموتان بفتح الميم والواو ، خلاف الحيوان يقال : اشتر الموتان ولا تشتت الحيوان ، أي اشتر الأرضين والدور

لعامر ، ولا مشعرا للعبادة كعرفة ومنى ، ولا مقطعا ، ولا محجرا ، والتحجير يفيد أولوية لا ملكا ، مثل ان ينصب لها مرزايا. واما الاحياء فلا تقدير للشرع فيه ، ويرجع في كفيته إلى العادة.

ولا تشتت الرقيق والدواب ^(١).

وقال الفراء ^(٢) الموتان من الأرض التي لم تحيي بعد ^(٣).

وفي الحديث : وموتان الأرض لله ورسوله فمن أحيا منها شيئا فهو له ^(٤).

والموتان بضم الميم وسكون الواو ، الموت الذريع التي تقع في الناس والبهائم.

ويقال : رجل موتان القلب ، بفتح الميم وحزم الواو ، إذا كان لا يفهم شيئا ^(٥).

والأصل فيه : الكتاب ، والسنة ، والإجماع.

أما الكتاب : فقولته تعالى ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ﴾ ^(٦) واللام حقيقة في الملك.

واما السنة فكثير.

روى هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد بن نفيل ان النبي صلى الله عليه وآله

قال : من أحيا أرضا ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق ^(٧).

(١) لسان العرب : ج ٢ ص ٩٣ لغة (موت).

(٢) الفراء : يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور ، أبو زكريا ، مولى بني أسد من أهل الكوفة ، نزل بغداد واملى بها كتبه في معاني القرآن ومات ببغداد ، أو في طريق مكة في سنة سبع ومائتين ، وقد بلغ ثلاثا وستين سنة ، وله قصص وحكايات ، وكان المأمون قد وكل الفراء يلقي ابنه النحر وله معهما قصة متينة ينسب عن شرافة العلم والعالم ، فلاحظ (تاريخ بغداد ج ١٤ ص ١٤٩ تحت رقم ٧٤٦٧).

(٣) لسان العرب : ج ٢ ص ٩٣ لغة (موت).

(٤) عوالي اللثالي : ج ٣ باب احياء الموات ص ٤٨٠ الحديث ١ ولاحظ ما علق عليه.

(٥) لسان العرب : ج ٢ ص ٩٣ قال : ورجل موتان الفؤاد غير ذكي ولا فهم كأن حرارة فهمه بردت فماتت.

(٦) سورة الملك / ١٥.

(٧) عوالي اللثالي : ج ٣ باب احياء الموات ص ٤٨٠ الحديث ٢ ولاحظ ما علق عليه.

ويلحق بهذا مسائل.

(الأولى) الطريق المبتكر في المباح إذا تشاح أهله فحدّه خمسة أذرع ، وفي رواية سبعة أذرع.

وروى سمرة بن جندب (بضم الجيم وسكون النون وضم الدال المهملة وفتحها أيضا والباء المنقطعة بواحدة) ان النبي صلى الله عليه وآله قال : من أحاط حائطاً على أرض ، فهي له ^(١).

وروى عنه عليه السلام انه قال : من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به ^(٢) وعنه عليه السلام : عادي الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني ^(٣).

وأجمعت الأمة على تملك الأرض الميتة مع إحيائها إذا خلت عن الموانع. قال طاب ثراه : الطريق المبتكر في المباح إذا تشاح أهله فحدّه خمسة أذرع ، وفي رواية سبعة أذرع.

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال : والطريق إذا تشاح أهله فحدّه سبعة أذرع ^(٤). ومثلها روى السكوني عنه عليه السلام ^(٥).

والروایتان ضعيفتان ، وبمضمونها قال الشيخ في النهاية ^(٦) وتبعه القاضي ^(٧).

(١) عوالي اللثالي : ج ٣ باب احياء الموات ص ٤٨٠ الحديث ٣ ولاحظ ما علق عليه.

(٢) عوالي اللثالي : ج ٣ باب احياء الموات ص ٤٨٠ الحديث ٤ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) عوالي اللثالي : ج ٣ باب احياء الموات ص ٤٨١ الحديث ٥ ولاحظ ما علق عليه.

(٤) الكافي : ج ٥ كتاب المعيشة ، باب جامع في حریم الحقوق ص ٢٩٥ قطعة من حديث ٢.

(٥) الكافي : ج ٥ كتاب المعيشة ، باب جامع في حریم الحقوق ص ٢٩٦ قطعة من حديث ٨.

(٦) النهاية : باب بيع المياه والمراعي وحریم الحقوق واحكام الأرضين ص ٤١٨ س ١٣ قال : والطريق إذا تشاح عليه أهله فحدّه سبعة أذرع.

(٧) لم أعثر عليه في المذهب ولم يتعرض له في المختلف وفي كشف الرموز : ج ١ ص ٤٠١ قال : (وعليها فتوى النهاية واتباع الشيخ) ولعل المراد من اتباع الشيخ ان من جملتهم القاضي فتأمل.

(الثانية) حرّم بئر المعطن : أربعون ذراعاً. والناضح ستون ذراعاً ، والعين ألف ذراع. وفي الصلبة خمسمائة.

(الثالثة) من باع نخلاً واستثنى واحدة كان له المدخل إليها والمخرج ومدى جرائدها.
(الرابعة) إذا تشاح أهل الوادي في مائة ، حبسه الأعلى للنخل الى الكعب ، وللزراع الى الشراك ، ثم يسرحه إلى الذي يليه.

(الخامسة) يجوز للإنسان ان يحمي المرعى في ملكه خاصة ، ولالإمام مطلقاً.
(السادسة) لو كان له رحي على نهر لغيره ، لم يجز له ان يعدل بالماء عنها إلا برضاء صاحبها.

(السابعة) من اشترى داراً فيها زيادة من الطريق ، ^(١) ففي رواية : ان

وذهب المصنف والعلامة إلى الاكتفاء بالخمس ^(١) ^(٢).

وهو في رواية البقباقي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا تشاح قوم في طريق فقال بعضهم : سبع أذرع ، وقال بعضهم : أربع أذرع ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : خمس أذرع ^(٣).

وهو أصح طريقاً.

قال طاب ثراه : من اشترى داراً فيها زيادة من الطريق ، ففي رواية : ان كان

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) القواعد : ج ١ (المقصد الثالث في إحياء الموات) ص ٢٢٠ س ١٥ قال : وحدّ الطريق الى قوله : خمس أذرع.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٩) باب الغرر والمجازفة وشراء السرقة وما يجوز من ذلك وما لا يجوز ص ١٣٠ الحديث

كان ذلك فيما اشترى فلا بأس. وفي النهاية : ان لم يتميز لم يكن له عليه شيء ، وان تميز رده ورجع على البائع بالدرك. والرواية ضعيفة ، وتفصيل النهاية في موضع المنع ، والوجه : البطلان ، وعلى تقدير الامتياز يفسخ ان شاء ما لم يعلم.

ذلك فيما اشترى فلا بأس ، وفي النهاية : ان لم يتميز لم يكن عليه شيء ، وان تميز رده ورجع على البائع بالدرك ، والرواية ضعيفة ، وتفصيل النهاية في موضع المنع ، والوجه البطلان ، وعلى تقدير الامتياز يفسخ ان شاء ما لم يعلم.

أقول : إذا اشترى داراً ثم علم ان فيها شيئاً من الطريق ، فلا تخلو اما ان يكون متميزاً أو غير متميز ، فان كان متميزاً رده الى الطريق ، لوجوب رد الحق إلى مستحقه ، ويتخير المشتري بين فسخ البيع للعيب بتبعض الصفقة ، وبين الرجوع بقسطه من الثمن. وان لم يتميز وجب اجتناب الدار اجمع لاشتباه المحرم بالمحلل ، فللمشتري الفسخ والرجوع بالثمن ، ويجب على البائع الاستظهار بالاحتياط في رد ما يغلب على الظن انه من الطريق ، أو رد الجميع. ولو لم يؤثر المشتري الفسخ لم يكن له أرش لعدم العلم بقدره ، ويجب عليه من الاستظهار ما يجب على البائع. هذا مقتضى الأصل.

وهنا وجهان آخران غير ما ذكرناه ، حكاهما المصنف في هذا الكتاب ، ولم يذكر المصنف هذه المسألة في الشرائع.

(أ) ما تضمنته رواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألت عن رجل اشترى داراً فيها زيادة من الطريق ، قال : ان كان ذلك فيما اشترى ، فلا بأس^(١) والعمل بهذه متروك.

(١) التهذيب : ج ٧ (٩) باب الغرر والمجازفة وشراء السرقة وما يجوز من ذلك وما لا يجوز ص ١٣٠ الحديث ٣٩.

(الثامنة) من له نصيب في قناة أو نهر جاز له بيعه بما شاء.

(التاسعة) روى إسحاق بن عمار عن العبد الصالح^(١) في رجل لم يزل في يده ويد آباءه دار ، وقد علم انها ليست لهم ، ولا يظن مجيء صاحبها. قال : ما أحب ان يبيع ما ليس له ، ويجوز ان يبيع سكناه. والرواية مرسلة ، وفي طريقها الحسن بن سماعة ، وهو واقفي. وفي النهاية : يبيع تصرفه فيها ولا يبيع أصلها. ويمكن تنزيلها على ارض عاطلة أحيائها غير المالك بإذنه ، فللمحبي التصرف والأصل للمالك.

(ب) قال الشيخ في النهاية : ان تميز له رده الى البائع بعد العلم ، ويرجع بالثمن ، وان لم يتميّر فلا شيء عليه^(٢).

قال المصنف : وهذا التفصيل في موضع المنع.

ووجهه : اشتماله على التصرف في ملك الغير ، وعسر التخلص منه ، وأي عيب أعظم من هذا ، وقوله : (فلا شيء عليه) ان كان الضمير راجعا إلى المشتري لزم التصرف في الطريق ، وهو ملك الغير ، وان كان راجعا إلى البائع لزم زوال سلطنة المشتري على الرد بمثل هذا العيب الفاحش.

قال طاب ثراه : روى إسحاق بن عمار عن عبد صالح إلى آخره.

أقول : هذه المسألة أيضا لم يذكرها في الشرائع.

ومستنده ما رواه الشيخ مرفوعا إلى إسحاق بن عمار عن عبد صالح عن رجل لم يزل في يده ويد آباءه دار ، وقد علم انها ليست لهم ، ولا يظن مجيء صاحبها ، قال : ما أحب ان يبيع ما ليس له ، ويجوز ان يبيع سكناه^(٣).

(١) النهاية : باب بيع المياه والمراعي وحريم الحقوق واحكام الأرضين وغير ذلك ص ٤٢٣ س ٨ قال : فان اشترى دارا إلخ.

(٢) التهذيب : ج ٧ (٩) باب الغرر والمجازفة وشراء السرقة وما يجوز من ذلك وما لا يجوز ص ١٣٠ الحديث ٤٢.

.....

وهذه الرواية مخالفة للأصول من وجهين :

(أ) انها تضمنت بيع السكنى ، والبيع موضوع لنقل الأعيان.

(ب) إن المتصرف اعترف انها ليست له ، فكيف يجوز له التصرف فيها ببيع السكنى.

وهي ضعيفة من وجهين.

(أ) ان في طريقها حسن بن سماعة وهو واقفي ^(١).

(ب) انها مقطوعة لعدم العلم باستنادها الى المعصوم ، لان وصفه بكونه عبدا صالحا

لا يقتضي كونه معصوما.

وقال الشيخ في النهاية : يبيع تصرفه فيها ، ولا يبيع أصلها ^(٢) وهذا حسن ينطبق على القواعد الفقهية كما بينه المصنف : وهو رجل أحميا أرضا عاطلة بإذن مالكة ، فرقة الأرض لمالكها ، والتصرف . يعني الآثار التي أحدثها المحيي وصارت بها دارا كالبنا والخبشب . مملوك للمحيي ، لعدم انتقاله عنه ، فحينئذ لا يجوز ان يبيع الدار أجمع ، لأن الأرض جزء منها تدخل في بيعها وهي غير مملوكة له ، ولكن يبيع تصرفه ، وهي الآثار المحدثه من البناء والخبشب لبقائها على ملكه ، ولا مانع من بيعها وعلى لفظ الرواية : يبيع سكنه ، أي استحقاق السكنى للبائع المتصرف ، وأولوية الانتفاع بالدار ، للاذن المبيح لذلك المانع من مزاحمة غير المالك.

(١) سند الحديث كما في التهذيب : (الحسن بن محمد بن سماعة عن علي بن رثاب وعبد الله بن جبلة عن إسحاق بن عمار عن عبد صالح).

(٢) النهاية : باب بيع المياه والمراعي وحرث الحقوق واحكام الأرضين وغير ذلك ص ٤٢٣ س ١٢ قال : وإذا كان الإنسان في يده دار الى قوله : فإن أراد بيعها فليبيع تصرفه ولا يبيع أصلها على حال.

كتاب اللقطة

كتاب اللقطة

مقدمة

اللقط بضم اللام وفتح القاف ، اسم للمال الملتقط قاله الفراء ^(١) والأصمعي ^(٢) ويؤيده حديث زيد بن خالد الجهني ^(٣) وقال الخليل بن أحمد البصري ^(٤) : بل اسم الملتقط ^(٥) وأما المال الملقوط فيسكون القاف لان ما جاء على وزن فعلة فهو اسم كهزمة ولمزة ولعنة ، فيقال : رجل لقطه بفتح القاف إذا كان كثير الالتقاط كحفظه لكثير الحفظ. قال فخر المحققين : أجمعت الرواة على روايته

(١) لم أظفر على قولهما في الموارد المظنونة ، ولكن نقله عنها في الإيضاح : ج ٢ ، في المقصد الثالث في اللقطة ص ١٣٥ س ١٩ حيث قال : فقال الفراء والأصمعي هي اسم المال الملقوط ، وقال الخليل بن أحمد : اسم الملتقط لان ما جاء على وزن فعلة فهو اسم إلخ.

(٢) لم أظفر على قولهما في الموارد المظنونة ، ولكن نقله عنها في الإيضاح : ج ٢ ، في المقصد الثالث في اللقطة ص ١٣٥ س ١٩ حيث قال : فقال الفراء والأصمعي هي اسم المال الملقوط ، وقال الخليل بن أحمد : اسم الملتقط لان ما جاء على وزن فعلة فهو اسم إلخ.

(٣) سيجيء عن قريب.

(٤) الخليل بن أحمد بن عمر بن تميم الفراهيدي البصري ، أبو عبد الرحمن صاحب العربية والعروض ، قال السيرافي : كأن الغاية في استخراج مسائل النحو وتصحيح القياس فيه ، وهو أول من استخراج العروض ، وعمل أول كتاب العين المعروف المشهور وكان من الزهاد في الدنيا والمنقطعين الى الله تعالى ، وروي عنه انه قال : ان لم تكن هذه الطائفة أولياء فليس لله ولي ، وهو الذي قال في حق أمير المؤمنين عليه السلام حين سئل عنه قال : ما أقول في حق امرئ كنتم مناقبه أولياءه خوفاً ، وأعداءه حسداً ثم ظهر من بين الكتمين ما ملأ الخافقين ، وقيل له أيضاً : ما الدليل على ان عليا امام الكل في الكل؟ قال احتياج الكل اليه واستغنائه عن الكل (لاحظ بغية الوعاة للسيوطي) ص ٢٤٣ وتنقيح المقال للمامقاني ج ١ ص ٤٠٢ تحت رقم ٣٧٦٩.

(٥) تقدم نقله عن الإيضاح آنفاً.

.....

بالتحريك يعني حديث زيد بن خالد ^(١).

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.

اما الكتاب فقوله تعالى ﴿وَأَلْقُوهُ فِي غِيَابَتِ الْجُبِّ يَلْتَقِطُهُ بَعْضُ السَّيَّارَةِ إِنْ كُنْتُمْ فَاعِلِينَ﴾ ^(٢) فأخبرنا بالالتقاط. وقوله تعالى ﴿فَالْتَقِطْهُ آلُ فِرْعَوْنَ﴾ ^(٣).

واما السنة : فروى زيد بن خالد الجهني قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وآله فسأله عن اللقطة؟ فقال : اعرف عقاصها ^(٤) ووكاها ثم عرفها سنة ، فان جاء صاحبها والّا فاستمتع بها. وسأل عن ضالة الغنم؟ فقال : حذاها انما هي لك أو لأخيك أو للذئب. فسأل عن ضالة البعير؟ فقال : ما لك ولها ، وغضب حتى احمرت وجنتاه ، أو وجهه فقال : ما لك ولها معها حذائها وسقائها ، ترد الماء وتأكل الشجر. وفي بعضها : ما لك ولها معها حذائها وسقائها حتى يأتي ربها ^(٥).

وأجمعت الأمة على احكام الالتقاط وجوازه في الجملة ، وان اختلفوا في تفصيل مسائله.

تذنيب

ينقسم الشيء الملتقط إلى ثلاثة أقسام : لأنه اما مال أو حيوان ، ويسمى الأول لقطة ، والثاني اما إنسان أو غيره ويسمى الأول لقيطا وملقوطا ومنبوزا ، ويسمى الثاني ضالة.

(١) الإيضاح : ج ٢ (في اللقطة) ص ١٣٦ س ٩ قال : أجمعت الرواة إلخ.

(٢) سورة يوسف / ١٠.

(٣) سورة القصص / ٨.

(٤) العقاص ، هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة جلدا كان أو غيره (من هامش صحيح مسلم).

(٥) صحيح مسلم : ج ٢ ص ١٣٤٦ كتاب اللقطة الحديث ١.

.....

وينقسم كل من الأقسام الثلاثة إلى أقسام.

القسم الأول : المال.

وينقسم الى محرم ومكروه.

فالأول قسمان.

(أ) لقطة الحرم.

(ب) ما أخذ لا بنية الإنشاد مع بلوغ قيمته درهما.

والمكروه : ما عدا ذلك.

القسم الثاني : اللقيط.

وينقسم الى واجب ومحرم.

فالأول : أخذ الصغير العاجز عن توقي المضار ، كغير المميز على الأصح.

والثاني : أخذ البالغ العاقل.

القسم الثالث : الحيوان.

وهو على ثلاثة أقسام.

(أ) المحرم : وهو أخذ الضالة الممتنعة ، كضالة الإبل ، لقوله عليه السلام : (ما لك

ولها)^(١).

وروي عنه عليه السلام : لا يؤوي الضالة إلا ضال^(٢) بضم الياء. ويروى بالفتح^(٣)

قال الشيخ : والأول أصح والثاني جائز^(٤).

(١) تقدّم في رواية زيد بن خالد الجهني.

(٢) من لا يحضره الفقيه : ج ٤ (١٧٦) باب النوادر ص ٢٧٢ س ٢٠ من ألفاظ رسول الله صلى الله عليه وآله. وسنن ابن ماجه : ج ٢ (١٨) كتاب اللقطة (١) باب ضالة الإبل والبقر والغنم ص ٨٣٦ الحديث ٢٥٠٣ وفي عوالي اللئالي : ج ٣ باب اللقطة ص ٤٨٤ الحديث ٣.

(٣) المبسوط : ج ٣ كتاب اللقطة ص ٣١٨ س ٢١ قال : روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه

(٤) المبسوط : ج ٣ كتاب اللقطة ص ٣١٨ س ٢١ قال : روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : لا يأوي إلخ إلى قوله : وقيل : (لا يؤوى) بضم الياء وهو الأصح والأول جائز.

كتاب اللقطة.

وأقسامها ثلاثة.

(الأول) في اللقيط ، وهو كل صبي أو مجنون ضائع لا كافل له.

ويشترط في الملتقط التكليف. وفي اشتراط الإسلام تردد.

وعنه عليه السلام : ضالة المؤمن حرق النار ^(١) وحرقت النار بمحكمة الرء لهيها ، وحرقت الثوب بسكونها إذا كان به من القصارة.

وقول الصادق عليه السلام : لا تهجه ^(٢).

ويفهم من قوله عليه السلام : (ومعها حدائها وسقائها) الإشارة إلى علة الحرمة ، وهو إمكان بقائها حتى يأتي ربها.

فيشاركها في هذا الحكم الفرس والحمار والبغل والثور ، لامتناعها من صغير السباع كالثعلب ، فساوت الإبل ، فالتعدي هنا من باب منصوص العلة ، قال المصنف : لأن ذلك فهم من فحوى المنع من أخذ البعير ^(٣).

(ب) المكروه : وهو أخذ الصغير ممّا ذكرناه كأطفال الإبل والبقر.

(ج) المباح : وهو إذا تحقق تلفها.

قال طاب ثراه : وفي اشتراط الإسلام (أي في ملتقط الطفل) تردد.

أقول : الملقوط ان كان في بلد الإسلام فهو مسلم ، فيشترط في ملتقطه الإسلام ، فلا يقر في يد الكافر لو التقطه لوجهين.

(١) سنن ابن ماجه : ج ٢ (١٨) كتاب اللقطة (١) باب ضالة الإبل والبقر والغنم ص ٨٣٦ الحديث ٢٥٠٢ وفي عوالي اللئالي : ج ٣ باب اللقطة ص ٤٨٥ الحديث ٤.

(٢) الكافي : ج ٥ كتاب المعيشة باب اللقطة والضالة ص ١٤٠ قطعة من حديث ١٢.

(٣) الشرائع (القسم الثاني) : في الملتقط من الحيوان قال : وفي البقرة والحمار تردد أظهره المساواة. لأن ذلك فهم من فحوى المنع من أخذ البعير.

ولا يلتقط المملوك إلا بإذن مولاه. وأخذ اللقيط مستحب ، واللقيط في دار الإسلام حر ، وفي دار الشرك رق. وإذا لم يتول أحدا فعاقلته ووارثه الإمام إذا لم يكن له وارث. ويقبل إقراره على نفسه بالرقية مع بلوغه ورشده. وإذا وجد الملتقط سلطانا استعان به على نفقته ، فان لم يجد استعان بالمسلمين ، فان تعذر الأمر أنفق الملتقط ورجع عليه إذا نوى الرجوع ، ولو تبرع لم يرجع.

(أ) ان الحكم بصحة التقاطه معناه : إثبات الحضانة له ، وهي ولاية شرعية ، ولهذا يشاح الزوجان فيها ، ومثل ذلك لا يثبت للكافر على المسلم ، والا لزم وجود السبيل ، وهو منفي بالاية ^(١).

(ب) لا يؤمن افتتانه ، وهو محذور ، فلا يقره الشارع عليه ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ^(٢) واختاره العلامة ^(٣).

ويحتمل جوازه لوجهين :

(أ) أصالة الجواز.

(ب) عموم الاذن في التقاط الصبي ، خصوصا على القول بتكليف الكافر بالفروع ، والمصلحة العائدة إلى الطفل ، وهي الحكمة المشرعة لالتقاطه ، وهي القيام بمصالح الطفل ، ودفع ضرورته يصدر عن الكافر كصدورها عن المسلم ، والسبيل ممنوع ، لانتفاء السلطنة عليه ، إذ لا ولاية له في غير الحضانة ، بل هي إثبات حق

(١) إشارة إلى قوله تعالى ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ سورة النساء / ١٤١.

(٢) المبسوط : ج ٣ فصل في حكم اللقيط ص ٣٤٠ س ٢٠ قال : فان كان (أي اللقيط) بحكم الإسلام نزع من يده لان الكافر لا يلي على مسلم إلخ.

(٣) القواعد : ج ١ (في اللقطة) ص ١٩٥ س ٤ قال : ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ، لأن الحضانة استيمان فلا يليق به.

القسم الثاني ، في الضوال : وهي كل حيوان مملوك ضائع ، وأخذه في صورة الجواز مكروه ، ومع تحقق التلف مستحب. فالبيع لا يؤخذ ، ولو أخذ ضمنه الأخذ. وكذا حكم الدابة والبقرة. ويؤخذ لو تركه صاحبه من جهد في غير كلاء ولا ماء ، ويملكه الأخذ. والشاة ان وجدت في الفلاة أخذها الواحد ، لأنها لا تمنع من ضرر السباع ، ويضمنها. وفي رواية ضعيفة : يحبسها عنده ثلاثة أيام ، فإن جاء صاحبها والا تصدق بضمنها.

للطفل على الغير.

وتردد المصنف نظرا الى الوجهين. والمعتمد هو الأول.

وان كان الملقوط في بلاد الشرك لم يمنع الكافر من التقاطه قولا واحدا ، لعدم الحكم بإسلامه.

قال طاب ثراه : والشاة ان وجدت في الفلاة أخذت ، لأنها لا تمنع من صغير السباع ، ويضمنها وفي رواية ضعيفة يحبسها عنده ثلاثة أيام ، فإن جاء صاحبها ، والا تصدق بضمنها.

أقول : الشاة اما ان توجد في الفلاة أو العمران ، فهنا قسمان.

(الأول) ان يجدها في الفلاة ، فيجوز أخذها إجماعا ، وهل يملكها؟ فيه ثلاثة أقوال.
(أ) انه يملكها في الحال مجانا ، لأنه مال معرض للتلف ، فهي كالبعير المتروك من جهد في غير كلاء ولا ماء.

ولقوله عليه السلام : هي لك أو لأخيك أو للذئب ^(١) وهو ظاهر الفقيه في

(١) الكافي : ج ٥ كتاب المعيشة ، باب اللقطة والضالة ص ١٤٠ قطعة من حديث ١٢ وفي البحار : (الطبعة الحديثة ج ١٠ ص ٢٥٠) باب ١٧ ما وصل؟؟ من اخبار علي بن جعفر ، فلاحظ ، وفي سنن ابن ماجه : ج ٢ كتاب اللقطة ص ٨٣٦ قطعة من حديث ٢٥٠٤.

الرسالة حيث قال : وان وجدت شاة في الفلاة فخذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب^(١) وبمثله قال الصدوق في المقتنع^(٢).

(ب) انه يأخذها وهو ضامن لقيمتها ، قاله المفيد^(٣) وابن إدريس^(٤) وهو اختيار المصنف في الشرائع^(٥) لعصمة مال الغير ، ولعموم قول الباقر عليه السلام : من وجد شيئاً فهو له ، فليستمتع به حتى يأتيه طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه^(٦).

(ج) الغرامة إذا ظهر المالك وطلب ، وهو اختيار فخر المحققين^(٧) ومعنى الغرامة : تجدد استحقاق المالك إذا ظهر وطالب ، وتجدد اشتغال ذمة الملتقط بالضمان ، لا وقت الالتقاط.

وتظهر الفائدة في أمور.

(أ) وجوب الإيصاء به وعدمه.

(ب) منع الخمس.

(ج) منع زكاة الفطرة.

(١) لم أعر على الرسالة ولا على المنقول عنه علماً بأن عبارة (وهو ظاهر. للذئب) غير مثبتة في (كل).

(٢) المقتنع : باب اللقطة ص ١٢٧ س ١٢ قال : فان وجدت شاة في فلاة فخذها ، فإنها لك أو لأخيك أو للذئب.

(٣) المقتنع : باب اللقطة ص ٩٩ س ١٤ قال : فان وجد فيها شاة فليأخذها وهو ضامن لقيمتها.

(٤) السرائر : باب اللقطة ص ١٧٨ س ٢٦ قال : فاما إذا كان غير ممتنع مثل الشاة إلى قوله : فإن أخذها فهو بالخيار بين ان يأكلها ويكون في ذمته إلخ.

(٥) الشرائع : كتاب اللقطة (القسم الثاني في الملتقط من الحيوان) قال : والشاة ان وجدت في الفلاة أخذها الواجد الى قوله : والأخذ بالخيار ان شاء ملكها ويضمن.

(٦) الكافي : ج ٥ كتاب المعيشة ، باب اللقطة والضالة ص ١٣٩ الحديث ١٠.

(٧) لإيضاح : ج ٢ (الفصل الثاني في الحيوان) ص ١٤٨ س ٢٣ قال : والأقوى الغرامة إذا وجد المالك وطلب.

(د) دخوله في قسم الغارمين ، على القول بالضمان حين الالتقاط ، وثبوت أضدادها في الغرامة إلا مع المطالبة. وعلى ظاهر الصدوقين : لا شيء أصلاً وان طلب المالك ^(١).
(القسم الثاني) ان يجدها في العمران ، فيحرم أخذها إجماعاً ، ولو أخذها حبسها ثلاثة أيام ، فإن جاء صاحبها دفعها اليه ، وان لم يأت باعها وتصدق بئمنها ، أو احتفظه ولا ضمان.

فروع (الأول) هل يشترط في بيعها اذن الحاكم؟ النصوص وعبارات الأصحاب خالية عنه. واستشكله العلامة في القواعد : من حيث ان الحاكم قائم مقام المالك ، لأنه ولي الغياب ، والوصول اليه ممكن فيجب استيذانه ^(٢) واختاره فخر المحققين ^(٣) والأول هو المعتمد ، عملاً بعموم الاذن في البيع ^(٤).
(الثاني) هل يجوز ان يتصدق بعينها؟ يحتمل قويا عدمه ، لان التصرف في ملك الغير على خلاف الأصل فيقتصر فيه على محل النص ^(٥) وهو التصديق بئمنها لا غير.

-
- (١) المقنع : باب اللقطة ص ١٢٧ س ١٣ قال : وان وجدت شاة في فلاة فخذها ، فإنها لك أو لأخيكَ أو للذئب إلخ فأطلق ولم يذكر شيئاً ، ولم نظفر على الرسالة لعلي بن بابويه.
(٢) القواعد : ج ١ (الفصل الثاني في الحيوان) ص ١٩٧ س ٨ قال : فان جاء المالك والا باعها ، وفي اشتراط الحاكم إشكال.
(٣) الإيضاح : ج ٢ (الفصل الثاني في الحيوان) ص ١٤٩ س ١٠ قال : وهل يشترط في البيع اذن الحاكم إشكال إلخ.
(٤) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٦ قطعة من حديث ٣١ وفيه (والا تصديق بها).
(٥) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٧ الحديث ٣٦ وفيه (والا باعها وتصدق بئمنها).

ويحتمله ضعيفا ، لان التصرف في الصدقة لما جاز بواسطة البيع ، فجوازه بغير واسطة أولى ، لأن البيع إثبات ولاية في تصرف ، وهو على خلاف الأصل أيضا ، وفي الصدقة بعينها تحليل لمخالفة الأصل.

(الثالث) هل هذا التصديق بالثمن بعد انقضاء ثلاثة الحبس ، أو مدة الحبس هو الثلاثة ويجب في الصدقة التأخير إلى تمام الحول؟

النصوص وعبارات الأصحاب إطلاق الاذن في البيع بعد حبسها ثلاثة أيام والصدقة به ، أو احتفاظه من غير شرط ، فلو كان التأخير شرطا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ، أو الإغراء بالجهل ، أو جعل السبب غير التام تاما ، والكل محال.

واستشكله العلامة في القواعد ^(١) من حيث عموم الأمر بالتعريف حولا ^(٢) وللاحتياط لجواز ظهور المالك في أثناء الحول وتعلق غرضه بعوض ماله ، وليس بمعتمد.

(الرابع) هل يجوز ان يبقى عينها امانة؟ قال العلامة في التحرير : نعم ^(٣) ، ويحتمل عدمه لورود النص باحتفاظ الثمن.

(الخامس) لو تصدق بثمنها وكره المالك ضمن.

(السادس) هل يجب تعريف الثمن لو أبقاه طول الحول؟ الأظهر ذلك كغيرها ، ولخفاء حالها عن المالك ، ويحتمل ضعيفا عدمه ، لأنهم لم يذكره.

(السابع) لو أراد التملك بعد التعريف حولا هل يجوز له ذلك؟ الظاهر لا.

(١) القواعد : ج ١ (الفصل الثاني في الحيوان) ص ١٩٧ س ٩ قال : وفي الصدقة بعينها أو قبل الحول بثمنها اشكال.

(٢) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٦ الحديث ٣٤ وفيه (تعرفها سنة).

(٣) التحرير : ج ٢ (الفصل الثاني في الملتقط من الحيوان) ص ١٢٥ س ٣٠ قال : والوجه عندي جواز إبقائها في يده إلخ.

تذنيب

والحق بالشاة ما لا يمتنع من صغير السباع كأطفال الإبل والبقر في جواز الالتقاط في الفلاة ، وتحريمه في العمران ، ولا يتبعها في باقي الاحكام من الحبس ثلاثة أيام ثم البيع والتصدق قبل الحول ، بل يجب التعريف حولا ، نعم يساويها في عدم رجوعه بالنفقة مدة بقائها.

فالحاصل : ان الاحكام هنا ستة.

(أ) جواز الالتقاط وعدمه على التفصيل.

(ب) جواز الإبقاء أمانة.

(ج) عدم الرجوع بالنفقة.

(د) جواز البيع بعد ثلاثة.

(هـ) جواز التصديق بالثمن.

(و) الخروج عن عهدها قبل الحول بالتصدق بعد الثلاثة ، فالثلاثة الأول تشمل الكل ، والثلاثة الأخيرة تختص بالشاة.

تنبيه

اختصت الشاة في باب اللقطة عن غيرها من الضوال الملقطة بأمر خمسة.

(أ) تملكها مجاناً إذا وجدت في الفلاة صحيحة على اختيار الصدوقين^(١).

(ب) نصاب تعريف العين فيها ثلاثة أيام.

(ج) جواز بيعها بعد الثلاثة من غير ضرورة.

(١) تقدم آنفاً.

وينفق الواحد على الضالة ان لم يجد سلطانا ينفق من بيت المال ، وهل يرجع على المالك؟ الأشبه ، نعم.

(د) جواز التصديق بها قبل الحول.

(هـ) على القول بضمان المأخوذ في الفلاة يجوز تملكها والتصرف فيها في الحال من غير تعريف بإجماع العلماء ، وكذا بيعها ، لأنه أولى من أكلها.
قال طاب ثراه : وينفق الواحد على الضالة ان لم يجد سلطانا ينفق من بيت المال ، وهل يرجع على المالك؟ الأشبه : نعم.

أقول : الضالة إذا أخذت حيث لا يجوز أخذها كالبعير الصحيح في الفلاة ، أو الشاة في العمران لا يرجع بنفقتها مدة بقائها عنده على الأقوى. وكذا لو التقط المملوك المميز.

أمّا ما يجوز التقاطه على كراهية كأطفال الإبل والبقر في الفلاة والعمران إذا تحقق تلفها ، فالأولى له دفعها الى الحاكم لبيعها ويعرّف ثمنها ، أو ينفق عليها من بيت المال ، أو يرسلها في الحمى أو غير ذلك.

وبالجملة هو ولي الغياب بفعل ما يراه الحظ ، وان لم يرفع أمرها إلى الحاكم وآثر إبقائها عنده أنفق عليها ولا يرجع بالنفقة إجماعا.

أما أولا : فلان عليه الحفظ ، ولا يتم إلا بالإنفاق ، فيكون واجبا عليه.

وأما ثانيا : فلأنّ النفقة ربما تكررت وأدت إلى استغراق القيمة ، وفيه ضرر على المالك ، فلا يتسلط عليه بمجرد ارادته من غير قول المالك ولا وكيله ولا وليه ، ولا ضرورة الى ذلك ، لان ولي المالك وهو الحاكم موجود ، والوصول اليه ممكن ، لأنه التقدير.

اما لو لم يجد الحاكم وأنفق ، فإن تبرع لم يرجع قطعا ، وان لم يتبرع فهل يرجع أم لا؟ فهذا هو موضوع المسألة ومحل الخلاف.

إذا تمهد هذا فنقول :

ولو كان للضالة نفع كالظهر أو اللبن ، قال الشيخ في النهاية : كان بإزاء ما أنفق ، والوجه التقاص.

ذهب الشيخان وسالار الى جواز الرجوع ^(١) ^(٢) ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) دفعاً لتوجه الضرر بالالتقاط ، وهو منفي بالاية ^(٦) والرواية ^(٧) ولوجوب الحفظ والوجوب إذن شرعي ، فيرجع ، كالمودع والمرتهن. وقال ابن إدريس : لا يرجع ^(٨) لأنه لا دليل عليه وقد بيناه.

قال طاب ثراه : ولو كان للضالة نفع كالظهر أو اللبن قال في النهاية : كان بإزاء ما أنفق ، والوجه : التقاص. أقول : هنا ثلاثة أقوال.

(الأول) لا عوض له عن الإنفاق أصلاً ، لوجوبه عليه ، وعليه ردّ ما استوفاه ، قاله ابن إدريس ^(٩).

(١) المقنعة : باب اللقطة ص ٩٩ س ٢٠ قال : فان لم يجد من يعينه على ذلك أنفق عليه وكان له الرجوع بنفقته عليه إلخ.

(٢) النهاية : باب اللقطة والضالة ص ٣٢٣ س ٢ قال : فان لم يجد من يعينه على ذلك أنفق عليه وكان له الرجوع بنفقته عليه إذا بلغ.

(٣) المراسم : ذكر اللقطة ص ٢٠٥ س ١٥ قال : فان لم يجد أنفق هو عليه ويرجع عليه إذا بلغ وأيسر.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف : ج ١ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧٤ س ٥ قال : والوجه : ان ما أنفقه مع نيته الرجوع يرجع به.

(٦) قال تعالى ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ سورة الحج / ٧٨.

(٧) لاحظ عوالي الثالي : ج ١ ص ٣٨٣ الحديث ١١ وج ٢ ص ٧٤ الحديث ١٩٥ وج ٣ ص ٢١٠ الحديث ٥٤.

(٨) السرائر : باب اللقطة والضالة ص ١٨٠ س ١٤ قال : والأقوى عندي انه لا يرجع عليه لأنه لا دليل عليه.

(٩) السرائر : باب اللقطة والضالة ص ١٨١ س ٥ قال : فان كان انتفع بلبن فيجب عليه رد مثله والذي أنفقه عليه يذهب ضياعاً.

(الثاني) التقاص : ومعناه النظر في قيمة ما انتفع به وقدر ما أنفق ، فإن تساويا تحافتا ^(١) ، وإن تفاوتتا رجع صاحب الفضل قاله المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣) لأنه الأنسب بالعدل.

(الثالث) كون ما انتفع به بإزاء نفقته رأسا برأس قاله الشيخ في النهاية ^(٤) ولعله حمل ذلك على الرهن ، لأنه يختار ذلك في باب الرهن.

والتعويل في ذلك على رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام : قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : الظهر يركب إذا كان مرهونا ، وعلى الذي يركب النفقة ، والدّر يشرب إذا كان مرهونا ، وعلى الذي يشرب النفقة ^(٥).

والتمسك ضعيف من وجوه :

(أ) منع الحكم في الأصل.

(ب) منع التعدي ، إذ هو قياس وهو ممنوع.

(ج) ضعف السند ^(٦).

(١) في گل : ﴿تهاترا﴾.

(٢) الشرائع : كتاب اللقطة (في الأحكام) الثانية : قال : وقيل ينظر في النفقة وقيمة المنفعة ويتقاصان ، وهو أشبهه ولاحظ النافع أيضا.

(٣) التحرير : ج ٢ كتاب اللقطة (في الملتقط من الحيوان) ص ١٢٦ س ٤ قال : قال الشيخ : يكون بإزاء النفقة ، والوجه التقاص.

(٤) النهاية : باب اللقطة والضالة ص ٣٢٤ س ٦ قال : وإن كان من أنفق عليه قد انتفع بشيء من جهته الى قوله : كان ذلك بإزاء ما أنفق إلخ.

(٥) التهذيب : ج ٦ (١٥) باب الرهون ص ١٧٦ الحديث ٣٢.

(٦) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن علي بن محبوب) عن احمد بن محمد ، عن البرقي ، عن عبد الله بن المغيرة عن السكوني عن جعفر إلخ).

(القسم الثالث) وفيه ثلاث فصول.

الأول ، اللقطة : كل مال ضائع أخذ ولا يد عليه ، فما دون الدرهم ينتفع به بغير تعريف ، وقدر الدرهم روايتان.

(د) قصور دلالة على المطلوب ، لجواز التقاص ، ويكون الفائدة من الخبر الاذن في الانتفاء بالظهر واللبن.

قال طاب ثراه : وفي قدر الدرهم روايتان.

أقول : اختلف الأصحاب في نصاب التعريف ، اعني القدر الذي يجب تعريفه إذا أخذ ولا يحل تملكه ، مع اتفاقهم على وجوب تعريف ما زاد على الدرهم ، وجواز تملك الناقص عنه ، وبقي الاختلاف في قدره كنصاب العفو في الدم الذي يجب إزالته في الصلاة.

فالذي عليه الشيخان وجوب التعريف ^(١) ^(٢) وهو مذهب الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه ^(٣) واختاره ابن إدريس ^(٤) والمصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).

وهو في رواية العمري عن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن رجل يصيب درهما ، أو ثوبا أو دابة ، كيف يصنع؟ قال : يعرفها سنة ،

(١) المقنعة : باب اللقطة ص ٩٩ س ١٥ قال : ولا بأس ان ينتفع الإنسان بما يجده مما لم تبلغ قيمته درهما واحدا.

(٢) كتاب الخلاف : كتاب اللقطة مسألة ٧ اللقطة إذا كان قيمتها درهما فصاعدا وجب تعريفها ، وان كان دون ذلك لا يجب تعريفها.

(٣) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (٩) باب اللقطة والضالة ص ١٨٦ الحديث ٣.

(٤) السرائر : باب اللقطة والضالة ص ١٧٨ س ٢٨ قال : واللقطة على ضربين ، ضرب منه يجوز أخذه إلى قوله : وهو كلما كان دون الدرهم إلخ.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) المختلف : ج ١ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧١ س ٦ قال : هل يجب تعريف الدرهم أو الزائد عليه إلى قوله : والوجه الأول ، أي وجوب التعريف.

وما كان أزيد ، فإن وجدته في الحرم كره أخذه ، وقيل : يحرم ، ^(١) ولا يحل أخذه إلا بنية التعريف ، ويعرّف حولا ، فان جاء صاحبه ، وألا تصدق به عنه ، أو استبقاه امانة ، ولا يملك ، ولو تصدق به بعد الحول فكره المالك لم يضمن الملتقط على الأشهر ، وان وجدته في غير الحرم يعرّف حولا ، ثم الملتقط بالخيار بين التملك والصدقة وإبقائها امانة ، ولو تصدق بها فكره المالك ضمن الملتقط. ولو كانت ممّا لا يبقى كالطعام قومها عند الوجدان وضمنها وانتفع بها ، وان شاء دفعها الى الحاكم ولا ضمان. ويكره أخذ الأدوات ، والمخصصة ، والنعلين ، والشظاظ ، والعصا ، والوتد ، والحبل ، والعقال وأشباهها.

فان لم يعرّف حفظها في عرض ماله وهو لها ضامن ^(١).

وذهب النقي وسلار الى جواز تملكه ^(٢) ^(٣).

والمستند ما رواه محمد بن حمزة عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن اللقطة؟ قال : تعرف سنة قليلا كان أو كثيرا ، قال : وما كان دون الدرهم فلا يعرف ^(٤).

وهي مرسلة ، والمعتمد الأوّل ، لعصمة مال المسلم ، ولأنه أحوط.

قال طاب ثراه : وما كان أزيد ، فإن كان في الحرم كره أخذه ، وقيل : يحرم.

(١) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٧ الحديث ٣٨.

(٢) الكافي : فصل في اللقطة ص ٣٥٠ س ٧ قال : أحدهما يصح التصرف فيه من غير تعريف الى قوله : ممّا تزيد قيمته على درهم إلخ.

(٣) المراسم : ذكر اللقطة ص ٢٠٦ س ٨ قال : فاما غير الحيوان فعلى ضربين : ما لا تبلغ قيمته أكثر من درهم الى قوله : فالأول يؤخذ وينتفع به بلا تعريف.

(٤) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٨٩ الحديث ٢.

أقول : هنا مسائل.

(الأولى) هل يجوز أخذ لقطة الحرم أم لا؟ المشهور التحريم : لعموم قوله تعالى : ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا﴾^(١) وبه قال الشيخ في النهاية^(٢) واختاره العلامة^(٣).
وقال الفقيه : والأفضل ان يترك لقطة الحرم^(٤) وبه قال الشيخ في الخلاف^(٥) واختاره المصنف^(٦).

احتج الأولون : بالاحتياط ، وبما رواه إبراهيم بن أبي البلاد عن بعض أصحابه عن الماضي عليه السلام قال : لقطة الحرم لا تمس بيد ولا رجل ، ولو ان الناس تركوها لجاء صاحبها فأخذها^(٧).

ومثلها رواية علي بن أبي حمزة عن العبد الصالح عليه السلام قال : سألته عن رجل وجد دينارا في الحرم فأخذه قال : بئس ما صنع ما كان له ان يأخذه ، قال : قلت : ابتلي بذلك ، قال : يعرفه سنة ، قال : عرفه ولم يجد له باغيا؟ قال : يرجع الى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين ، فان جاء طالبه فهو له ضامن^(٨).

(١) سورة العنكبوت / ٦٧.

(٢) النهاية : باب اللقطة والضالة ص ٣٢٠ س ٦ قال : والضرب الآخر ، وهو الذي لا يجوز أخذه ، فإن أخذه إلى قوله : ضرب منه ما يجده في الحرم إلخ.

(٣) القواعد : ج ١ (الفصل الثالث في لقطة الأموال) ص ١٩٧ س ١٨ قال : وفيه (أي في الحرم)

(٤) المختلف : ج ١ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧١ س ١٢ قال : وعلي بن بابويه : أفضل ما يستعمله في اللقطة إذا وجدها في الحرم ان يتركها ولا يمسها.

(٥) كتاب الخلاف : كتاب اللقطة مسألة ١٢ قال : لقطة الحرم يجوز أخذها.

(٦) لاحظ عبارة الخلاف.

(٧) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٠ الحديث ٧.

(٨) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٥ الحديث ٣٠.

.....

وقد دل الخبر الثاني على ثلاثة أحكام.

(أ) تحريم الأخذ بقوله : (بئس ما صنع ما كان له ان يأخذه).

(ب) وجوب التعريف مطلقا وان قل عن الدرهم ، لان ترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال ، والآ لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة والسؤال ، وكلاهما محال على ما بيّن في موضعه.

(ج) ضمان المتصدق مع كراهية المالك.

احتج الآخرون : بالأصل وبما روي عن النبي صَلَّى الله عليه وآله : لا تحل لقطة الحرم إلا لمنشد^(١) دل بمفهومه على إباحتها مع قصد الإنشاد.

(الثانية) هل يملك لقطة الحرم إذا كانت ناقصة عن نصاب التعريف أو لا؟ بل تكون أمانة يجب تعريفها الأول ظاهر القاضي^(٢) والثاني مذهب الشيخ في النهاية^(٣). وأطلق في الخلاف وجوب التعريف مع قوله بجواز أخذها^(٤) وهو اختيار المصنف^(٥).
(الثالثة) هل يجوز تملكها بعد التعريف حولا ، أو لا ، بل يكون أمانة دائما؟

(١) عوالي اللثالي : ص ٤٨٧ الحديث ١٢ ولاحظ ما علق عليه.

(٢) لم أظفر عليه في المذهب ، وقال في الإيضاح : ج ٢ ص ١٥٠ س ١٩ عند قول المصنف : وفيه يجرم على رأي : أقول : هذا هو المشهور ويظهر من عبارة ابن البراج جواز ما نقص عن الدرهم في الحرم.

(٣) النهاية : باب آخر من فقه الحج ، ص ٢٨٤ س ١٩ قال : ومن وجد شيئا في الحرم فلا يجوز له أخذه إلخ.

(٤) كتاب الخلاف : كتاب اللقطة مسألة ١٢ قال : لقطة الحرم يجوز أخذها ويجب تعريفها سنة إلخ.

(٥) لاحظ عبارة النافع وفي الشرائع : (في لقطة المال) قال : وما كان أزيد من ذلك (أي من الدرهم) فان وجد في الحرم قيل : يجرم أخذه وقيل : يكره ، وهو الأشبه.

التقي على الأول^(١) والأكثر على الثاني^(٢).
 (الرابعة) لو تصدق بها بعد الحول ، فكره المالك هل يضمن أم لا؟ الشيخ في الكتابين
 على الأول^(٣) ^(٤) وبه قال ابن إدريس^(٥) وأبو علي^(٦) واختاره العلامة في المختلف^(٧) والمفيد^(٨)
 وتلميذه على الثاني^(٩) وبه قال القاضي^(١٠) وابن حمزة^(١١) واختاره المصنف^(١٢).

- (١) الكافي : (فصل في اللقطة) ص ٣٥٠ س ١٣ قال : فيجب تعريفه سنة كاملة إلى قوله : والا فلاقطه بالخيار
 بين ان يتصرف فيه إلخ.
- (٢) المبسوط : ج ٣ ص ٣٢١ س ٣ قال : ولا يجوز ان يملكها. وفي القواعد : ج ١ ص ١٩٧ س ١٨ قال :
 ولا يحل تملكه وفي السرائر : ص ١٧٨ س ٣٣ قال : وهذا الضرب لا يجوز تملكه ولا يصير بعد السنة كسبيل ماله
 إلخ.
- (٣) المبسوط : ج ٣ كتاب اللقطة ص ٣٢١ س ٣ قال : والصدقة بشرط الضمان.
- (٤) كتاب الخلاف : كتاب اللقطة مسألة ١٢ قال : بين ان يتصدق بها بشرط الضمان.
- (٥) السرائر : باب اللقطة ص ١٧٨ س ٣٤ قال : فان تصدق به ثم جاء صاحبه ولم يرض بصدقته كان ضامنا
 له.
- (٦) المختلف : ج ٢ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧٠ س ١٢ قال : وبه (أي الضمان) قال أبو علي الى
 قوله : والأقوى الأول (أي الضمان).
- (٧) المختلف : ج ٢ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧٠ س ١٢ قال : وبه (أي الضمان) قال أبو علي الى
 قوله : والأقوى الأول (أي الضمان).
- (٨) المقنعة : باب اللقطة ص ٩٩ س ٦ قال : وليس عليه بعد السنة والتعريف فيها ضمان لصاحبه.
- (٩) المراسم : ذكر اللقطة ص ٢٠٦ س ١٩ قال : فما وجد في الحرم الى قوله : والا تصدق به عنه ولا ضمان
 عليه.
- (١٠) المهذب : كتاب اللقطة والضوال واللقيط والآبق ص ٥٦٧ س ٨ قال : وان لم يحضر بعد السنة تصدق به
 عنه ولا يلزم منه بعد ذلك شيء.
- (١١) الوسيلة : فصل في بيان اللقطة والضالة ص ٢٧٨ س ٩ قال : والا تصدق به عنه بعد سنة من غير
 ضمان.
- (١٢) لاحظ عبارة النافع.

(مسائل).

(الأولى) ما يوجد في خربة ، أو فلاة ، أو تحت الأرض فهو لواجده. ولو وجدته في أرض لها مالك ، أو بائع ، ولو كان مدفونا عرفه المالك أو البائع ، فإن عرفه فهو أحق به ، والألا كان للواجد ، وكذا ما يجده في جوف دابته. ولو وجد في جوف سمكة قال الشيخ : أخذه بلا تعريف.

وللشيخ في النهاية القولان : فالأول اختياره في باب الحج ^(١) والثاني في اللقطة ^(٢).
احتج الأولون : بعموم ضمان اليد ، لقوله عليه السلام : على اليد ما أخذت حتى تؤدي ^(٣). ولأنه تصرف بإتلاف المال بغير إذن صاحبه.
احتج الآخرون : بأنها أمانة عنده وقد دفعها مشروعا ، فلا يتعقبه ضمان ، ولأن الأصل عدم الضمان.

فالحاصل : أن لقطة الحرم قد امتازت عن غيرها من اللقط بأمور.

(أ) تحريم أخذها.

(ب) عدم تملكها وإن قلّت عن النصاب.

(ج) عدم تملكها بعد الحول.

(د) عدم ضمان المتصدق بها مع كراهية المالك.

وفي الكل شك لكن المحصل ما ذكرناه.

قال طاب ثراه : ولو وجدته في جوف سمكة قال الشيخ : أخذه بلا تعريف.

(١) النهاية : باب آخر من فقه الحج ص ٢٨٤ س ٢٠ قال : والا تصدق به وكان ضامنا.

(٢) النهاية : باب اللقطة والضالة ص ٣٢٠ س ١١ قال : تصدق به عنه وليس عليه شيء.

(٣) عوالي اللئالي : ج ١ ص ٢٢٤ الحديث ١٠٦ وص ٣٨٩ الحديث ٢٢ وج ٢ ص ٣٤٥ الحديث ١٠ وح ٣ ص ٢٤٦ الحديث ٢ وص ٢٥١ الحديث ٣ ولاحظ ما علق عليه.

(الثانية) ما وجدته في صندوقه أو داره فهو له. ولو شاركه في التصرف كان كاللقطة إذا أنكره.

أقول : إذا وجد شيئاً في جوف سمكة فلا يخلو أما ان يكون مباحاً في الأصل كالدرّة ، أو يعلم سبق الملك عليه. فإذا علم سبق الملك فلا يخلو أما ان يكون ملك مسلم أو محتمل كالسبيكة ، فالثالث والأول يملكهما الواحد وعليه الخمس ، فان كان هو الصائد اعتبر بلوغ قيمته ديناراً ، وان كان قد ابتاعها اخرج خمسه وحلّ له الباقي ، ولا يعتبر فيه نصاب الغوص ، ولا المعدن ، ولا مئونة السنة ، ويكون من باب اللقطة ، وهذا شأنها وجوب إخراج خمسها من غير مقدّر له.

والثاني : وهو ما يعلم سبق ملك المسلم له ، بان يكون عليه سكة الإسلام ، فيه احتمالان.

أحدهما إلحاقه بالأول ، ليأس المالك منه كالمأخوذ في المفاوز.

والآخر ، وهو الأقوى ، وجوب التعريف فيهما ، لعصمة مال المسلم.

والأصل في هذا الحكم : أنّ ما في جوف السمكة باق على أصل الإباحة ، لم يدخل في ملك الصائد لعدم علمه به ، فيكون باقياً على أصل الإباحة ، فتملكه الثاني بإثبات يده عليه.

ويعلم من هذا افتقار تملك المباح إلى نية التملك ، لأنه لو كان مجرد إمساكه باليد كاف في حصول الملك لملكه الصائد ، ولم يكن للمشتري ، كما لو كان المبيع غير السمكة كالدابة ، فإنه يجب على المشتري تعريف البائع إجماعاً من غير تفصيل.

وهذا مذهب الشيخ رحمه الله ^(١) والمستند إجماع علمائنا ، وإطلاق سَلَّار ^(٢) يحمل

(١) النهاية : باب اللقطة والضالة ص ٣٢١ س ١٦ قال : ان ابتاع بعيراً الى قوله : فوجد في جوفه شيئاً له قيمة عزّفه من ابتاع إلى آخره ثمّ قال : فان ابتاع سمكة فوجد في جوفها الى قوله : اخرج منه الخمس وكان له الباقي.

(٢) المراسم : ذكر اللقطة ص ٢٠٦ س ١٥ قال : فما وجدته في بطن شيء إلى قوله : أو في بحر وماء اخرج خمسه والباقي ملكه ، وان انتقل اليه بالشراء عزّف ذلك الى البائع إلخ.

.....

على التفصيل ، ولا عبرة بندوق ابن إدريس حيث لم يفرق بين السمكة والدابة وأوجب التعريف فيهما ^(١) وأطلق سَلَّار وجوب تعريف ما يجده في بطن حيوان اشتراه دون ما صاده أو ملكه بميراث ^(٢).

القسم الثاني : ان يعلم سبق ملك مسلم له ، كما لو وجد وعليه أثر الإسلام ، فيكون حكمه حكم ما يوجد في المفاوز والخربان : فالشيخ في النهاية وابن إدريس أطلقا القول بملك الواحد له ^(٣) ^(٤) فان كان الواحد هو الصائد ملك ذلك عندهما ، وان كان مبتاعا ملكه عند الشيخ خاصة. وقال في المبسوط يكون لقطه لدلالته على سبق ملك المسلم له ^(٥) وهو اختيار العلامة ^(٦).

احتج الشيخ على المدعي الأول : بعموم صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما قال : سألته عن الورق يوجد في دار ، فقال : ان كانت الدار معمورة فهي لأهلها ، وان كانت خربة فأنت أحق بما وجدت ^(٧).

(١) السرائر : باب اللقطة ص ١٧٩ س ٣٦ قال : ان ابتاع بعيرا فوجد في جوفه شيئا عزفه من ابتاع ذلك الحيوان منه الى قوله : وكذلك حكم من ابتاع سمكة إلخ.

(٢) تقدّم آنفا.

(٣) النهاية : باب اللقطة والضالة ص ٣٢٠ س ١٤ قال : واما الذي يجده في غير الحرم الى قوله : وان لم يجيء كان كسبيل ماله.

(٤) السرائر : باب اللقطة ص ١٧٨ س ٢٩ قال : كما أباح الشارع التصرف بعد السنة إلى قوله : أو يكون ما يجده في موضع خرب قد باد اهله.

(٥) المبسوط : ج ٣ (فصل في حكم اللقيط وما يوجد معه) ص ٣٣٨ س ٢ قال : فان كان من ضرب الإسلام فإنه يكون لقطه.

(٦) المختلف : ج ٢ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧٦ س ٧ قال بعد نقل المبسوط : وهو حسن لأن أثر الإسلام يدل على سبق تملك المسلم له.

(٧) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٠ قطعة من حديث ٥.

.....

و (ما) في الاستفهام والمجازات للعموم.
وأجاب العلامة عنه بحمله على انتفاء أثر الإسلام ، أو بعد التعريف حولا^(١).

تحصيل

إذا وجد شيئا في جوف دابة ، فإن كان عليه أثر الإسلام فهو لقطة ، قاله الشيخ في المبسوط^(٢) وهو مذهب الأكثر^(٣) وفي النهاية أطلق القول بتملك المشتري له مع عدم معرفة البائع^(٤) وتبعه ابن إدريس^(٥).

وان لم يكن عليه أثر الإسلام وعرفه البائع فهو أحق به ، وان لم يعرفه ملكه الواحد وعليه الأصحاب ، وصرح به العلامة في التذكرة^(٦).

لصحيحة عبد الله بن جعفر قال : كتبت الى الرجل أسأله عن رجل اشترى جزورا أو بقرة للأضاحي ، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم أو دنانير أو جوهر ، لمن يكون؟ قال : فوق عليه السلام عرفها البائع فان لم يعرفها فالشيء لك رزقك الله إياه^(٧).

(١) المختلف : ج ٢ (فصل في حكم اللقيط وما يوجد معه) ص ١٧٦ س ٩ قال : والجواب انه محمول على انتفاء سكة الإسلام.

(٢) لم أظفر على مفروض المسألة غير الذي تقدم آنفا.

(٣) المختلف : ج ٢ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧٣ س ٦ قال : مسألة قال الشيخ في النهاية إلخ فلاحظ فيها مذهب الأكثر.

(٤) تقدم مختاره آنفا.

(٥) السرائر : باب اللقطة ص ١٧٩ س ٣٦ قال : ان ابتاع بعيرا أو بقرة أو شاة فوجد في جوفه شيئا الى قوله : وكان له الباقي.

(٦) التذكرة : ج ٢ (المطلب الثالث في اللواحق) ص ٢٦٥ س ٢٦ قال : مسألة لو وجد شيء في جوف دابة إلى قوله : والا كانت ملكا له.

(٧) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٢ الحديث ١٤.

واحتمل العلامة في التذكرة : ان يكون لقطة يعرّفها البائع وغيره ، ويبدأ بالبائع ، قال : لكن علمائنا على الأول^(١).

وذهب أحمد الى انّ ما يجده في جوف السمكة يكون للصيد ، لأنه لم يعلم به فلم يدخل في المبيع ، كما لو باع دارا له فيها مال مدفون ، ويكون ذلك للصيد ان كان ممّا يخلق في البحر كالدرّة. ولو كان ممّا لا يكون في البحر كالدرهم والدنانير فهو لقطة ، وكذا الدرّة لو كان عليها اثر اليد كما لو كانت مثقوبة ، أو متصلة بذهب أو فضة أو غيرها^(٢). وهو في موضع المنع ، لان مطلق اليد لا يوجب الاحترام لجواز كونها يد مشترك.

فروع

(أ) يكره أخذ اللقطة من الأموال وان قلّت.

(ب) يحرم التقاط نصاب التعريف لا بنية الإنشاد ، فلو التقطه بنية تملكه فعل حراما ، وكانت يده يد ضمان ، ولو نوى الحفظ بعد ذلك وعرّف حولا لم يزل الضمان. وهل له التملك بعد الحول؟ يحتمل عدمه ، لأنه أخذ مال الغير على وجه لا يجوز أخذه ، فأشبهه الغاصب. ويحتمل جوازه لبطلان النية فكان وجودها كعدمها ،

(١) التذكرة : ج ٢ كتاب اللقطة ص ٢٦٥ س ٢٦ قال : مسألة : لو وجد شيئا في جوف دابة إلى قوله : لكن علمائنا على الأول.

(٢) نقله عن أحمد في التذكرة : ج ٢ كتاب اللقطة ص ٢٦٥ س ٣٠ قال : وقال أحمد إلخ. وفي كتاب المغني لابن قدامة : ج ٦ كتاب اللقطة ص ٣٧٠ تحت رقم ٤٥١٩ قال : فصل : ومن اصطاد سمكة فوجد فيها درّة فهي للصيد لان الدر يكون في البحر بدليل قول الله تعالى ﴿وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ فيكون لآخذها الى قوله : أو متصلة بذهب أو فضة أو غيرها.

(الثالثة) لا تملك اللقطة بحول الحول وان عرفها ما لم ينو التملك ، وقيل : تملك بمضي الحول.

واختاره فخر المحققين ^(١).

(ج) أخذ الضالة الممتعة في الفلاة وغيرها في العمران حرام. وأخذ غير الممتنع في الفلاة غير الشاة مكروه ، وإذا تحقق تلفه كان مباحا.

قال طاب ثراه : لا تملك اللقطة بحول الحول وان عرفها ، ما لم ينو التملك ، وقيل : تملك بمضي الحول.

أقول : للأصحاب هنا ثلاثة أقوال.

(الأول) دخولها في ملك الملتقط بعد التعريف بغير اختياره ، وهو ظاهر الشيخ في النهاية ^(٢) وابني بابويه ^(٣) وابن إدريس ^(٤).

(الثاني) لا يدخل الا باختياره ، ويكفي فيه النية ، ولا يشترط تلفظه ، اختاره العلامة في المختلف ^(٥) وفخر المحققين ^(٦).

(١) الإيضاح : ج ٢ (في أحكام اللقطة) ص ١٥٧ س ٩ قال في شرح قول المصنف : (ولو نوى التملك ثم عُرِفَ السنة) أقول : لبطلان النية فكان وجودها كعدمها إلخ.

(٢) النهاية : باب اللقطة والضالة ص ٣٢٠ س ١٥ قال : وان لم يجيء كان كسبيل ماله ويجوز له التصرف فيه.

(٣) المختلف : ج ٢ (في اللقطة) ص ١٧١ س ١٩ فبعد نقل قول النهاية كما قدمناه قال : وكذا قال ابنا بابويه.

(٤) المقنع : باب اللقطة ص ١٢٧ س ٩ قال : فان جاء صاحبها ، والا فهي كسبيل مالك.

(٥) السرائر : باب اللقطة ص ١٧٩ س ٢ قال : فان لم يجيء كان كسبيل ماله بعد السنة والتعريف فيها يجوز له التصرف فيها إلخ.

(٦) المختلف : ج ٢ في اللقطة ص ١٧١ س ٣٢ قال : والمعتمد ما ذهب اليه الشيخ في الخلاف والمبسوط.

(٧) الإيضاح : ج ٢ في أحكام اللقطة ص ١٥٧ س ٢٢ قال بعد نقل قول المختلف : وهو الصحيح عندي.

(الثاني) الملتقط من له أهلية الاكتساب. فلو التقط الصبي أو المجنون جاز ، ويتولى الولي التعريف. وفي المملوك تردد ، أشبهه : الجواز ، ^(١) وكذلك المدبر المكاتب ، وأم الولد.

(الثالث) لا تدخل في ملكه الا باختياره ، وبان يقول : اخترت ملكها وهو قول الشيخ في الخلاف ^(١) وابن حمزة ^(٢) والتقي ^(٣).

احتج الأولون : بعموم قول الصادق عليه السلام : يعرفها سنة فان جاء لها طالب والا فهي كسبيل ماله رواه الحلبي ^(٤) في الصحيح عقيب التعريف وعدم مجيء المالك بكونها كسبيل ماله ، لأن الفاء للتعقيب من غير تراخ ، فلا يكون معلقا على غيره ، والا لتراخي عنه.

احتج العلامة : بقول أحدهما عليهما السلام : والا فاجعلها في عرض مالك ^(٥) يجري عليها ما يجري على مالك ، والفاء للتعقيب ، وصيغة افعل للأمر ، ولا أقل من ان يكون للإباحة ، لأنه ليس للتهديد قطعاً فيستدعي ان يكون المأمور به مقدورا بعد التعريف وعدم مجيء المالك ، لأنه عتّب امره بالجعل بعدم مجيء المالك والتعريف سنة ، ولم يذكر اللفظ ، فلو شرط لتأخر البيان عن وقت الحاجة ، فلا يشترط اللفظ ، وهو المطلوب.

احتج ابن حمزة : بأن ما قلناه مجمع على تملكه به ، وغيره ليس عليه دليل.
قال طاب ثراه : وفي المملوك تردد ، أشبهه الجواز.

(١) كتاب الخلاف : كتاب اللقطة مسألة ١٠ قال : لا تدخل في ملكه الا باختياره ، بان يقول : هذا قد اخترت ملكها.

(٢) لم أعثر عليهما في كتابي الوسيلة والكافي في باب اللقطة ، ولكن قال في المختلف (ج ٢ ص ١٧١ س ٢٢) بعد نقل قول الشيخ في الخلاف والمبسوط : وكذا قال ابن حمزة وأبو الصلاح.

(٣) لم أعثر عليهما في كتابي الوسيلة والكافي في باب اللقطة ، ولكن قال في المختلف (ج ٢ ص ١٧١ س ٢٢) بعد نقل قول الشيخ في الخلاف والمبسوط : وكذا قال ابن حمزة وأبو الصلاح.

(٤) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٨٩ الحديث ٣. وعبارة ﴿رواه. الى قوله ماله﴾ ساقطة من كل

(٥) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٠ الحديث ٥.

(الثالث) في الاحكام ، وهي ثلاثة.

(الأول) لا يدفع اللقطة إلا بالبينة. ولا يكفي الوصف ، وقيل : يكفي في الأموال الباطنة كالذهب والفضة ، وهو حسن.

أقول : منشأ التردد كون العبد ليس أهلا للتملك ، واللقطة اكتساب ، ويؤول إلى الملك لدخولها بعد التعريف في ملك الملتقط بمضي الحول مطلقا عند الشيخ ^(١) ومع نية التملك عندنا فلا يصح التقاطه ، لعدم تحقق لازم اللقطة فيه.

ولرواية أبي خديجة (سالم بن مكرم الجمال) ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطة ، فقال : ما للمملوك واللقطة ، المملوك لا يملك من نفسه شيئا ، فلا يعرض لها المملوك ^(٣) واختارها فيمن لا يحضره الفقيه ^(٤).
وذهب الشيخ في الكتابين إلى الجواز ^(٥) ^(٦) عملا بعموم الاخبار ، ولأن له أهلية الاكتساب.

أما لقطة الحرم فلا تعرض لها ، لأنها أمانة محضة ، والمولى مستولى على منافعه ، وربما يتوجه على السيد بذلك ضرر ، فيكون حراما.

قال طاب ثراه : ولا يكفي الوصف ، وقيل : يكفي في الأمور الباطنة ، وهو حسن.
أقول : وجه حسنه تعسر اطلاع البينة على أعيان الأموال غالبا ، فالإقتصار على

(١) تقدم مختاره آنفا.

(٢) ليس في التهذيب جملة (سالم بن مكرم الجمال) ولكنه موجود في من لا يحضره الفقيه.

(٣) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٧ الحديث ٣٧.

(٤) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (٩٠) باب اللقطة والضالة ص ١٨٨ الحديث ٨.

(٥) المبسوط : ج ٣ كتاب اللقطة ص ٣٢٥ س ٣ قال : هل للعبد أن يلتقط اللقطة؟ قيل فيه قولان أحدهما له ان يلتقط ، والثاني ليس له ذلك ، والأول أقوى لعموم الاخبار.

(٦) كتاب الخلاف : كتاب اللقطة مسألة ٨ قال : العبد إذا وجد لقطة جاز ان يلتقطها.

البيئة عسر وخرج فيكون منفيا بالآية ^(١) والرواية ^(٢) ولأنها أمانة يغلب معها الظن.

ولما رواه الشيخ في التهذيب عن محمد الحجال عن ثعلبة عن سعيد بن عمرو الخثعمي قال : خرجت إلى مكة وأنا من أشد الناس حالا فشكوت إلى أبي عبد الله عليه السلام ، فلما خرجت وجدت على بابه كيسا فيه سبعمائة دينار ، فرجعت إليه من فوري ذلك فأخبرته ، فقال لي : يا سعيد اتق الله عز وجل وعرفه في المشاهد وكنت رجوت أن يرخص لي فيه ، فخرجت وأنا مغتم ، فأتيت منى ، فتنحيت عن الناس حتى أتيت الماقوفة ^(٣) فنزلت في بيت متنحيا عن الناس ، ثم قلت : من يعرف الكيس؟ فأول صوت صوت إذا رجل على رأسي يقول : أنا صاحب الكيس ، فقلت في نفسي : أنت فلا كنت ، قلت : فما علامة الكيس؟ فأخبرني بعلامته ، فدفعته إليه قال : فتنحى ناحية فعدها فإذا الدنانير على حالها ، ثم عدّ منها سبعين دينارا فقال : خذها حالا خير لك من سبعمائة حراما ، فأخذتها ثم دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فأخبرته كيف تنحيت وكيف صنعت فقال : أما إنك حين شكوت إليّ أمرنا لك بثلاثين دينارا ، يا جارية هاتيها فأخذتها وأنا من أحسن قومي حالا ^(٤).

(١) قال تعالى ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ سورة الحج / ٧٨.

(٢) عوالي اللئالي : ج ١ ص ٣٨٣ الحديث ١١ وص ٢٢٠ الحديث ٩٣ وج ٢ ص ٧٤ الحديث ١٩٥ وج ٣ ص ٢١٠ الحديث ٥٤ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) الماقوفة : لعله اسم موضع ، أو اسم محل الوقوف بمنى (هكذا في هامش التهذيب وفي ملاذ الأخيار ج ١٠ ص ٤٢٦).

(٤) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٠ الحديث ١٠.

(ذكر الجعالة)

مقدمة الجعالة : لغة ما يجعل عوضاً عن فعل يتوقع إيجاده.
 وشرعاً : الصيغة الدالة على الاذن في عمل بعوض التزمه بقوله.
 ولما احتيج الى هذا العقد لردّ الإباق والضلال ، ذكره عقيب اللقطة.
 وغايته صحة التزام الأعواض على الأعمال المجهولة ، لإمساس الحاجة إليها.
 والأصل فيه : الكتاب ، والسنة ، والإجماع.
 اما الكتاب : قوله تعالى ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(١) وفيه دلالة على جواز ضمان الجعالة قبل العمل.
 واما السنة : فمن طريق الخاصة ما رواه ابن أبي سيار عن الصادق عليه السلام قال :
 ان النبي صلى الله عليه وآله جعل في جعل الابق ديناراً إذا أخذه في مصره ، وان أخذه في
 غير مصره فأربعة دنانير^(٢).
 وأجمعت الأمة على جواز الجعل لا يختلفون فيه ، وان اختلفوا في آحاد مسائله.

تنبيه

وقد اختص هذا العقد بخاصيتين.
 (أ) جواز وقوعه على عمل مجهول.
 (ب) عدم استحقاق العامل الا بتمام العمل ، فلو جاء بالضالة أو الابق من مكان
 بعيد حتى قارب المنزل ، فأبق العبد أو شرد البعير لم يستحق شيئاً.

(١) سورة يوسف / ٧٢.

(٢) التهذيب : ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٨ الحديث ٤٣.

(الثاني) لا بأس بجعل الابق ، فان عيّنه لزم بالرد ، وان لم يعينه ففي رد العبد من المصر دينار ، ومن خارج البلد أربعة دنانير على رواية ضعيفة يؤيدها الشهرة ، والحق الشيخان : البعير ، ^(١) وفي ما عداهما اجرة المثل.

(الثالث) لا يضمن الملتقط في الحول لقطة ولا لقيطا ولا ضالة ما لم يفرط.

ويشاركه في الخاصية الاولى المضاربة ، لكن الأجرة فيها مجهولة ، وهنا معلومة ، فاختصاص هذا العقد بجواز بدل معلوم في مقابلة مجهول.

وهذا العقد جائز من الطرفين قبل الشروع في العمل ، وبعده كذلك في طرف العامل ، لأن الحق له ، فجاز له إسقاطه ، ولا يجوز للجاعل الا بعد بذل مقابل ما صدر من العمل.

قال طاب ثراه : لا بأس يجعل الابق ، فان عيّنه لزم بالرد ، وان لم يعين ففي رد العبد من المصر دينار ، ومن خارج البلد أربعة دنانير على رواية ضعيفة يعضدها (يؤيدها خ . ل) الشهرة والحق الشيخان البعير.

أقول : الذي ورد به النص رواية ابن أبي سيّار المتقدمة ^(١) ، وهي خاصة بالابق ، ونسبت إلحاق إلى الشيخين ^(٢) ^(٣) لسبقهما الى القول به ، وتبعهما على ذلك كثير

(١) تقدم آنفا.

(٢) المقنعة : باب جعل الابق ص ٩٩ س ٢٤ قال : وإذا وجد الإنسان عبداً أبقا ، أو بعيراً شاردًا فردّه على صاحبه كان له على ذلك جعل ان كان وجدّه في المصر فدينار الى قوله : بذلك ثبتت السنة عن النبي صلى الله عليه وآله.

(٣) النهاية : باب اللقطة والضالة ص ٣٢٣ س ١٧ قال : ولا بأس للإنسان أن يأخذ الجعل الى قوله : وكان قد وجد عبداً أو بعيراً إلخ.

.....

ممن تأخر عن عصرهما ^(١) وفي طريق الرواية المذكورة سهل بن زياد ^(٢) وهو ضعيف ، لكن تأيدت بشهرتها في عمل الأصحاب بمضمونها.

(١) لاحظ المختلف : ج ٢ (الفصل الرابع في الجعالة) ص ١٧٦ فيمن وافق الشيخ في الإلحاق كابن إدريس وابن البراج وغيرهما.

(٢) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن يعقوب ^(*) عن محمد بن علي بن أبي سعيد عن سهل بن زياد عن محمد بن الحسن بن شمون البصري عن عبد الله بن عبد الرحمن الأصم عن مسمع بن عبد الملك كرد بن أبي سيار عن أبي عبد الله عليه السلام).

(*) قال في هامش التهذيب ما لفظه (قال في الوافي : هذا الحديث لم نجده في الكافي. وقد فحصنا عنه نحن فلم نظفر به أيضا).

كتاب الموارث

كتاب الموارث

والنظر في المقدمات ، والمقاصد ، واللواحق.

والمقدمات ثلاث

الاولى : في موجبات الإرث ، وهي نسب وسبب ، فالنسب ثلاث مراتب :

(مقدمة) الإرث لغة : البقاء قال صَلَّى الله عليه وآله : انكم على ارث من أبيكم إبراهيم ^(١) اي على بقية ، من بقايا شريعته. والوارث الباقي ، ومنه الوارث في أسمائه تعالى : أي الباقي بعد فناء خلقه ^(٢) ، وسمي الوارث وارثا لبقائه بعد موت المورث.

(١) سنن النسائي : ج ٥ باب رفع اليدين في الدعاء بعرفة ص ٢٥٥ ولفظ الحديث (يزيد بن شيبان قال : كنّا وقوفا بعرفة مكانا بعيدا من الموقف فأتانا ابن مربع الأنصاري فقال : إني رسول رسول الله صَلَّى الله عليه وآله) وسلّم إليكم يقول : كونوا على مشاعركم فإنكم على ارث من إرث أبيكم إبراهيم عليه السلام).

(٢) الوارث صفة من صفات الله عز وجل ، وهو الباقي الدائم الذي يرث الخلائق ويبقى بعد فنائهم (لسان العرب ج ٢ ص ١٩٩).

١ . الأبوان والولد وان نزل.

٢ . والأجداد وان علوا ، والاخوة وأولادهم وان نزلوا.

٣ . والأعمام والأخوال.

والسبب قسمان : زوجية وولاء. والولاء ثلاث مراتب : ولاء العتق ، ثم ولاء تضمن الجريمة ، ثم ولاء الإمامة.

وشرعا : انتقال حق الغير بعد الموت على سبيل الخلافة ، والوارث : من انتقل اليه حق الميت خلافة ، وترادفه الميراث ، والجمع الموارث.

فالحق أعم من ان يكون مالا أو غيره كحق الشفعة والقصاص والحد.

ويعبر عنه بالفرائض ، وهي جمع فريضة ، واشتقاقها من الفرض.

وهي في اللغة : التقدير والقطع والبيان ^(١).

وفي الاصطلاح : ما ثبت ذلك بدليل مقطوع به كالكتاب والسنة والإجماع.

وسمي هذا النوع من النفقة فرائض ، لأنها سهام مقدرة مقطوعة مبينة ، ثبتت بدليل

مقطوع به فقد اشتمل على المعنى اللغوي والشرعي.

وانما اختص بهذا الاسم ، لأن الله تعالى سمّاه به ، فقال بعد القسمة ﴿فَرِيضَةً مِّنَ

اللَّهِ﴾ ^(٢) والنبي صلى الله عليه وآله أيضا سمّاه به حيث قال : تعلموا الفرائض ^(٣) ولأن الله

سبحانه ذكر الصلاة والزكاة وغيرهما من العبادات مجملة ولم

(١) قال ابن عرفة : الفرض التوقيت. وأصل الفرض القطع ، وقوله تعالى ﴿لَا تُخَذَّنْ مِنْ عِبَادِكُمْ نَصِيْبًا مَّفْرُوضًا﴾ ، أي موقتا وفي الصحاح : اي مقتطعا محدودا (لسان العرب ج ٧ ص ٢٠٢ و ٢٠٣ و ٢٠٥ لغة فرض).

(٢) النساء : ١١ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي : ج ٦ ص ٢٠٨ باب الحث على تعليم الفرائض. وسنن الدارقطني : ج ٤ كتاب الفرائض والسير وغير ذلك الحديث ٤٥ وعوالي اللثالي : ج ٣ باب الموارث ص ٤٩١ قطعة من حديث ٢ .

الثانية : في موانع الإرث وهي ثلاثة : الكفر ، والرق ، والقتل.

اما الكفر فإنه يمنع في طرف الوارث ، فلا يرث الكافر مسلما ، حربيا كان الكافر أو ذميا أو مرتدا. ويرث الكافر أصليا ومرتدا ، فميراث المسلم لوارثه المسلم انفرادا بالنسب أو شراكة الكافر ، أو كان أقرب حتى لو كان ضامن جريرة مع ولد كافر فالميراث للضامن. ولو لم يكن وارث مسلم فميراثه للإمام. والكافر يرثه المسلم ان اتفق ولا يرثه الكافر إلا إذا لم يكن وارث مسلم. ولو كان وارث مسلم كان أحق بالإرث وان بعد وقرب الكافر. وإذا أسلم الكافر على ميراث قبل قسمته شارك ان كان مساويا في النسب ، وحاز الميراث ان كان أولى ، سواء كان المورث مسلما أو كافرا. ولو كان الوارث المسلم واحدا لم يزاحه الكافر وان أسلم ، لأنه لا تتحقق هنا قسمة.

يبين مقاديرها وتفصيلها وذكر هذا النوع وبين مقاديره بقدر لا يحتمل الزيادة والنقصان.

والأصل فيه : الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُدَ﴾^(١) وقوله ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرِثْنِي وَيَرِثْ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ أَمْرُو هَٰلِكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾^(٣) وقوله ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ﴾^(٤) الى غير ذلك من الآيات الدالة على تفصيل الإرث.

(١) النمل : ١٦ .

(٢) مريم : ١٩ .

(٣) النساء : ١٧٦ .

(٤) النساء : ١٢ .

وكان التوارث في الجاهلية بالحلف ، وبالمعاهدة والنصرة. وأقروا عليه في صدر الإسلام ، قال تعالى ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيحَتَهُمْ﴾^(١) ثم نسخ ذلك وصار التوارث بالهجرة ، فروى ان النبي صلى الله عليه وآله أخى بين المهاجرين والأنصار لما قدم المدينة ، فكان يرث المهاجري من الأنصاري والأنصاري من المهاجري ولا يرث وارثه الذي كان بمكة وان كان مسلماً^(٢) ، لقوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوْا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا﴾^(٣).

ثم نسخت هذه الآية بالرحم والقربة بقوله تعالى ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ الآية^(٤) فبين أن أولى الأرحام أولى من المهاجرين إلا أن تكون وصية. هذا تفصيله في الكتاب.

وأما السنة فمتواترة

وأجمعت الأمة عليه وان اختلفوا في آحاد مسائله.

تذنيب

يتأكد استحباب التفقه في الموارث ، روى عبد الله بن مسعود ان النبي صلى

(١) النساء : ٣٣.

(٢) عوالي اللثالي : ج ٣ باب الموارث ص ٤٩٢ الحديث ٤ وقريب منه ما في سنن البيهقي : ج ٦ باب نسخ التوارث بالتحالف وغيره ص ٢٦٢ س ٢٨ فلاحظ. ونقله بتمامه في المبسوط : ج ٤ كتاب الفرائض والموارث ص ٦٧ س ٩ قال : فروى ان النبي صلى الله عليه وآله إلخ.

(٣) الأنفال : ٧٢.

(٤) الأنفال : ٧٥.

الله عليه وآله قال : تعلموا القرآن وعلموه الناس ، وتعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فإني امرء مقبوض ، وسيقبض العلم وتظهر الفتن حتى يختلف الرجال في فريضة ولا يجدان من يفصل بينهما^(١).

وعنه صلى الله عليه وآله : تعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فإنها نصف العلم ، وهو ينسى ، وهو أول شيء ينتزع من أمتي^(٢).

وهذا حض عظيم على تعلم هذا العلم ، وذلك من وجوه :
(أ) انه عليه السلام أمر بتعلمه وتعليمه ، والأمر من الحكيم الذي لا ينطق عن الهوى دليل اشتغال الفعل بالمأمور به على المصلحة الراجحة.

(ب) إعلامه عليه السلام : بأنه ينسى ، وفيه تخويف بإهمال التعلم عند إمكان الفرصة منه ، لجواز ارتفاعه عند ارادته ، فلا تجد السبيل الى معرفته. فاقضى الجزم والاشتغال ، المبادرة اليه على الفور.

(ج) انه عليه السلام جعله نصف العلم ، وهو قليل الحجم ، يسير التناول.
وذلك دليل شرفه ، لان ما عظمت قيمته وصغر مقداره كان أشرف في الشاهد كالجواهر بالنسبة إلى الحديد.

فان قلت : ما معنى التصنيف المذكور في هذا الحديث؟

(١) عوالي اللثالي : ج ٣ باب المواريث ص ٤٩١ الحديث ٢ وقريب منه ما في سنن البيهقي : ج ٦ باب الحث على تعليم الفرائض ص ٢٠٨ س ٢١.

(٢) أورده الشيخ في المبسوط : ج ٤ كتاب الفرائض والمواريث ص ٦٧ س ٢ وأورده البيهقي في سننه : ج ٦ ص ٢٠٩ س ٣ ثم قال : تفرد به حفص بن عمرو ليس بالقوى ، وفي الهامش بعد نقل (تفرد به حفص بن عمر) ما لفظه ، قلت : لم أر أحدا وافقه على هذه العبارة اللينة في حق هذا الرجل ، بل أسأوا القول فيه ، قال البخاري منكر الحديث رماه يحيى بن يحيى بالكذب ، وقال النسائي : ضعيف ، وقال ابن حبان : لا يجوز الاحتجاج به بحال إلخ.

قلت : معناه ان الناس لهم حالتان ، حالة حيات وحالة وفاة ، وعلم الفرائض لما كان مختصا بحالة الوفاة كان نصف العلم.

فان قلت : فعلى هذا لو كان علم الفرائض نصف العلم كما ذكرتم ، لثبت ذلك في الوصايا ، لتعلق أحكامها لما بعد الموت ، وكذلك الغسل والتكفين والدفن.

فالجواب من وجوه :

(أ) ان الوصايا ليست لازمة لكل متوف ، فكم ذي مال مات ولم يوص.

(ب) انها متعلقة بفعل العبد ، وقد يوصي وقد يترك ، وليس كذلك الميراث فإنه لا صنع للعبد فيه ، فكان ألزم بالوفاة وأخص بها من الوصية.

(ج) ان احكام الوصية لا يختص بما بعد الموت ، فان إيجاب الوصية ، والرجوع عنها ، وحكم زيادة الموصى به وهلاكه ، واعتبار أهلية الوصي الى غير ذلك من الاحكام انما يعتبر قبل الموت ، بخلاف الميراث.

(د) ان الوصية المذكورة في علم الفرائض أيضا ، حيث يجب البدء بها قبل الميراث ويؤخر عن الدين ، فلم يخل علم الفرائض عن ذكرها جملة ، وان خلا عن ذكرها تفصيلا ، حتى ان بعض الفرضيين جعل بابا للوصايا في كتاب الميراث.

ومن هذا الجواب الأخير يعلم الجواب عن فصل الغسل والتكفين والتجهيز إذا كان علم الفرائض مفتتحا بذكره ، وهو الحق الذي يبدأ به من تركة الميت قبل قسمة الميراث ، فكان من مقدمة الموارث ، فيندرج تحت علم الفرائض. وانما انفصلت عنها في البحث؟ لأنها احكام يجب على الاحياء مباشرتها ، وهم المخاطبون بها ، والميت محل اثر الفعل المأمور به ، فكان لاحقا بقسم احكام الاحياء ، ولهذا المعنى ذكرها الفقهاء في كتاب الطهارة.

ووجه آخر : وهو ان التنصيف باعتبار انقسام مؤون الإنسان في حالتي حياته وموته الى قسمين ، واحكام الموارث بعد الموت ، فكانت احد القسمين ، فكان

(مسائل):

(الأولى) الزوج المسلم أحق بميراث زوجته من ذوي قرابتها الكفار ، كافرة كانت أو مسلمة ، له النصف بالزوجة والباقي بالرد. وللزوجة المسلمة الربع مع الورثة الكفار ، والباقي للإمام. ولو أسلموا أو أسلم أحدهم قال الشيخ : يرد عليهم ما فضل عن سهم الزوجة وفيه تردد.

نصف العلم.

وقيل : وجه التنصيف : ان دخول المال في ملك الإنسان بطريقتين : مكتسب كالبيع ونحوه مما للإنسان فيه صنع واختيار ، وغير مكتسب ، وهو الميراث ، وهذا العلم لبيان احد الطريقتين ، فكان نصفنا بهذا الاعتبار.

قال طاب ثراه : ولو أسلموا أو أحدهم قال الشيخ : ترد عليهم ما فضل عن نصيب الزوجة ، وفيه تردد.

أقول : إذا كان احد الزوجين مسلماً وباقي الورثة كفار ، فان كان زوجاً فالمال له ، النصف بالتسمية والباقي بالرد. وان كان زوجة كان لها الربع والباقي للإمام ، فإن أسلم الورثة أو أحدهم لم يكن لم أسلم مزاحمة الزوج ، لاستقرار ملكه على كل التركة بالموت. وكذا في مسألة الزوجة بعد القسمة مع الإمام ولو كان إسلامه قبل القسمة ، أخذ ما فضل عن نصيب الزوجة ، وحجب الامام.

هذا هو مقتضى الأصل ، وهو مذهب ابن إدريس ^(١) واختاره المصنف ^(٢)

(١) السرائر : كتاب الموارث ص ٤٠٤ س ٦ قال بعد قول النهاية : قال محمد بن إدريس : إلى قوله : فإن أسلم الوارث الكافر قبل قسمة المال بينها وبين الإمام أخذ ما كان يأخذه الامام ، وان أسلم بعد القسمة فلا شيء له بحال.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

والعلامة ^(١). وقال الشيخ في النهاية : يزاحم الزوج من أسلم منهم ^(٢) وليس بمعتمد.
ولو قلنا بالرد على الزوجة مطلقا كانت كالزوج لا يقاسمها من أسلم بعد الموت ،
لعدم تصور القسمة.

وتحقيق البحث هنا ان نقول : لا شك ان مسمى الزوج النصف والزوجة الربع مع
عدم الولد ، ومعه نصف التقديرين. ولو لم يكن وارث سوى الزوج أو الزوجة ، فهل يرد
الفاضل على أحدهما أم لا؟ فهنا قسمان.

(الأول) الزوج : والمشهور الذي عليه الجمهور من الأصحاب رد النصف الباقي عليه
دون الامام ، حتى ادعى الثلاثة عليه الإجماع ^(٣) ^(٤) ^(٥).

ورواه الشيخ (في الصحيح) عن أبي بصير قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام
فدعا بالجامعة فنظر فيها فإذا امرأة ماتت وترك زوجها ، لا وارث لها غيره ، المال كله له
^(٦).

(١) التحرير : ج ٢ كتاب الموارث (المقصد الرابع في موانع الإرث) ص ١٧١ س ٢٦ قال : ولو كان الوارث
زوجا أو زوجة الى قوله : ويحتمل المشاركة مع الزوجة دون الزوج إلخ.

(٢) النهاية : باب توارث أهل الملتين ص ٦٦٤ س ١٤ قال : فإن أسلموا ردّ عليهم ما يفضل من سهم الزوج.
(٣) الانتصار (المسائل المشتركة في الإرث) ص ٣٠٠ س ١٦ قال : ومما انفردت به الإمامية ان الزوج يرث المال
كله الى قوله : والحجة لنا في ذلك إجماع الطائفة عليه.

(٤) المبسوط : ج ٤ (فصل في ذكر سهام الموارث) ص ٧٤ س ١١ قال : ان الزوج وحده يرد عليه الباقي ،
لإجماع الفرقة عليه.

(٥) عدة رسائل (ط إيران مكتبة المفيد) رسالة الاعلام فيما اتفقت عليه الإمامية من الاحكام (ميراث الأزواج)
ص ٣٣٦ س ٨ قال : واتفقت الإمامية في المرأة إذا توفيت الى قوله : ان المال كله للزوج ، النصف بالتسمية ،
والنصف الآخر مردود عليه بالسنة.

(٦) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٤ الحديث ١٣.

وفي الصحيح عن أبي بصير أيضا قال : قرأ عليّ أبو عبد الله عليه السلام فرائض علي عليه السلام فاذا فيها : الزوج يحوز الإرث إذا لم يكن غيره ^(١) وغيرهما من الأحاديث في معناهما ^(٢).

وقال الشيخ في الإيجاز : فذوو الأسباب الزوج والزوجة ، فإذا انفردوا كان لهم نصيبهم المسمى ، ان كان زوجا النصف ، والرابع ان كانت زوجة ، والباقي لبيت المال. وقال أصحابنا : ان الزوج وحده يرد عليه الباقي بإجماع الفرقة ^(٣) وهو ظاهر سائر ^(٤).
(الثاني) الزوجة : وفيها ثلاثة أقوال :

(أ) الرد عليها مطلقا ، اي مع ظهور الامام وسيرته ، وهو ظاهر المفيد في آخر باب ميراث الاخوة من المقنعة ، حيث قال : إذا لم يوحد مع الأزواج قريب ولا نسيب رد باقي التركة على الأزواج ^(٥).

(ب) عدم الرد مطلقا ، وهو اختيار القاضي ^(٦) وابن إدريس ^(٧) والصدوقين

(١) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٤ الحديث ١٢.

(٢) لاحظ المصدر ، الحديث ١٤ و ١٥.

(٣) الرسائل العشر (ط مؤسسة النشر الإسلامي . قم . إيران) (الإيجاز في الفرائض والموارث) ص ٢٧٠ فصل في ذكر ذوي السهام عند الانفراد وعند الاجتماع ص ٢٤. قال : فذوو الأسباب هم الزوج أو الزوجة ، إلى قوله : وقال أصحابنا : ان الزوج وحده يرد عليه الباقي بإجماع الفرقة.

(٤) المراسم : ذكر ميراث الأزواج ص ٢٢٢ س ٥ قال : وفي أصحابنا من قال : إذا ماتت امرأة ولم تخلف غير زوجها فللمال كله له بالنسبة والرد.

(٥) المقنعة : باب ميراث الاخوة والأخوات ص ١٠٥ س ١٤ قال : وإذا لم يوجد مع الأزواج قريب الى قوله : رد باقي التركة على الأزواج.

(٦) المهذب : ج ٢ باب ميراث الأزواج والزوجات ص ١٤١ س ٨ قال : فان مات رجل وخلف زوجته الى قوله : كان لها الربع والباقي للإمام.

(٧) السرائر : (فصل واما ترتيب الوارث) ص ٣٩٧ س ٢٥ قال : فاما مع الزوجة فإنه يستحق (أي

في الرسالة ^(١) والمقنع ^(٢).

(ج) التفصيل : وهو الرد مع غيبة الامام وعدمه مع ظهوره ، وهو قول الصدوق في كتابه ^(٣) واستقر به الشيخ في النهاية ^(٤) واختاره العلامة في التحرير ^(٥) ويحيى بن سعيد ^(٦).
احتج الأولون : برواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : رجل مات وترك امرأته قال : المال لها ، قال : قلت : امرأة ماتت وترك زوجها قال : المال له ^(٧).

وحملها الشيخ على كونها قريبة منه ^(٨) فيأخذ الباقي بالقرابة.

الإمام) ما بقي بعد سهمها وفرضها بغير خلاف.

(١) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض واحكامه ص ١٨٥ س ٦ قال بعد نقل قول الصدوق : وكذلك قال أبوه في رسالته اليه.

(٢) المقنع : باب الموارث ص ١٧٠ س ١٦ قال : وإذا ترك الرجل امرأة فللمرأة الربع الى قوله : جعل ما بقي لإمام المسلمين ، وان تركت المرأة زوجها فللزوج النصف الى قوله : فالنصف يرد الى الزوج.

(٣) من لا يحضره الفقيه : ج ٤ (١٣٣) باب ميراث الزوج والزوجة ص ١٩٢ قال بعد نقل الحديث الأول : قال مصنف هذا الكتاب : هذا في حال ظهور الامام عليه السلام فاما في حال غيبته الى قوله : فالمال لها.

(٤) النهاية : باب ميراث الأزواج ص ٦٤٢ س ١٧ قال بعد نقل التفصيل : وهذا وجه قريب من الصواب.

(٥) التحرير : ج ٢ (في ميراث الأزواج) ص ١٦٨ س ١٠ قال : اما لو كانت زوجة الى قوله : يرد عليها حال غيبة الامام وهو الأقوى عندي.

(٦) الجامع للشرائع : كتاب الميراث ص ٥٠٢ س ٢ قال : وان لم يخلف غيرها الى قوله : وإذا لم يتمكن من سلطان العدل رد عليها.

(٧) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٥ الحديث ١٦ ثم قال بعد نقل الخبر : هذا الخبر يحتمل شيئين إلى قوله : والآخر ، وهو الأولى عندي ، وهو انه إذا كانت المرأة قريبة ولا قريب له أقرب منها ، فتأخذ الربع بسبب الزوجية والباقي من جهة القرابة.

(٨) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٥ الحديث ١٦ ثم قال بعد نقل الخبر : هذا الخبر يحتمل شيئين إلى قوله : والآخر ، وهو الأولى عندي ، وهو انه إذا كانت المرأة قريبة ولا قريب له أقرب منها ، فتأخذ الربع بسبب الزوجية والباقي من جهة القرابة.

(الثانية) روى مالك بن أعين^(١) عن أبي جعفر عليه السلام في نصراني مات وله ابن أخ وابن أخت مسلمان ، وأولاد صغار : لابن الأخ الثلثان ، ولابن الأخت الثلث ، وينفقان على الأولاد بالنسبة ، فإن أسلم الصغار دفع المال الى الامام ، فإن بلغوا على الإسلام دفعه الإمام إليهم ، فان لم يبقوا دفع الى ابن الأخ الثلاثين وإلى ابن الأخت الثلث.

واحتج ابن إدريس : بموثقة جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يكون الردّ على زوج ولا زوجة^(١).

وهي معارضة بكثير من الصحاح. وبرواية أبي بصير عن الباقر عليه السلام قال : سألت عن امرأة ماتت وترك زوجها لا وارث لها غيره ، قال : إذا لم يكن غيره فله المال ، والمرأة لها الربع ، وما بقي فللإمام^(٢) وترك الاستفصال دليل العموم. قال ابن إدريس : ولأن أموال بني آدم ومستحقاتهم لا تحل بغيتهم ، لان التصرف في مال الغير بغير اذنه قبيح سمعا وعقلا^(٣).

احتجت الفرقة الثالثة : بان ما قالوه هو وجه الجمع بين الاخبار.

قال طاب ثراه : روى مالك بن أعين الى آخره.

أقول : ما حكاه في الكتاب مختار الشيخين في النهاية^(٤) والمقنعة^(٥) وهو اختيار

(١) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٦ الحديث ٢١.

(٢) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٤ الحديث ١٥.

(٣) السرائر : (فصل. واما ترتيب الوارث) ص ٣٩٧ س ٣١ قال : لأن أموال بني آدم إلخ.

(٤) النهاية : باب توارث أهل الملتين ص ٦٦٥ س ٧ قال : وإذا خلف الكافر أولادا صغارا الى آخره.

(٥) المقنعة : باب توارث أهل الملل المختلفة ص ١٠٧ س ١٣ قال : وإذا ترك الذمي أولادا أصاغرا واخوة لأبيه واخوة لأمه مسلمين إلخ.

القاضي ^(١) وابن زهرة عمم الحكم فقال : إذا كان للكافر أولاد صغار وقرابة مسلم أنفق عليهم من التركة حتى يسلّموا ، فإن أسلموا فالميراث لهم ، وإن لم يسلّموا كان لقرابته المسلم ^(٢) وبه قال التقي ^(٣) وقال ابن إدريس : لا شيء للأولاد لكونهم بحكم آبائهم ، ولا يرث الكافر المسلم ، ولا مسلم هنا إلا ابن الأخ وابن الأخت ، فيختصون بملك التركة ، ولو لا ذلك لما جاز لهم قسمة التركة ، ولا يجب عليهم الإنفاق ^(٤) وهو مذهب المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).

احتج الشيخ بما رواه (في الصحيح) عن مالك بن أعين عن الباقر عليه السلام قال : سألت عن نصراني مات وله ابن أخ مسلم وابن أخت مسلم ، وللنصراني أولاد وزوجة نصراني قال : فقال : أرى أن يعطى ابن أخيه المسلم ثلثي ما ترك ويعطى ابن أخته ثلث ما ترك أن لم يكن له ولد صغار ، فإن كان له ولد صغار ، كان على

-
- (١) المهذب : ج ٢ باب توارث أهل ملتين ص ١٥٩ س ٤ قال : إذا مات كافر وترك أولاداً وأخوة وأخوات إلخ.
- (٢) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦٠٨ س ٩ قال : وإذا كان للكافر أولاد صغار وقرابة مسلم أنفق عليهم من التركة حتى يبلغوا ، فإن أسلموا فالميراث لهم إلخ.
- (٣) الكافي : (الباب الخامس) ص ٣٧٥ س ٦ قال : وإن كان للكافر أولاد أصاغر وقرابة مسلم أنفق عليهم من التركة حتى يبلغوا فإن أسلموا فلهم الميراث إلخ.
- (٤) السرائر : كتاب الموارث (فصل قد بينا فيما مضى أن الكافر لا يرث المسلم) ص ٤٠٤ س ١٦ قال بعد قول النهاية : والذي يقتضيه أصل مذهبنا : أن الميراث بين الأخوة من الأب والأخوة من الأم إلى قوله : فعلى هذا التحرير : إذا بلغوا الأولاد واختاروا الإسلام لا يجب على الأخوة رد شيء من الميراث إليهم.
- (٥) الشرائع : المقدمة الثانية في موانع الإرث (أما الكفر) قال : ولو مات كافر وله ورثة كفار ووارث مسلم كان ميراثه للمسلم دون الكافر وإن قرب.
- (٦) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٩ س ٣ قال بعد نقل قول ابن إدريس في السرائر : والوجه ما قاله ابن إدريس.

الوارثين ان ينفقا على الصغار مما ورثا من أبيهم حتى يدركوا ، قيل له : كيف ينفقان؟ قال : فقال : يخرج وارث الثلاثين ثلثي النفقة ، ويخرج وارث الثلث ثلث النفقة ، فإذا أدركوا قطعا النفقة عنهم قيل له : فإن أسلم الأولاد وهم صغار قال : فقال : يدفع ما ترك أبوهم الى الامام حتى يدركوا ، فان بقوا على الإسلام دفع الامام ميراثهم إليهم ، وان لم يتموا على الإسلام إذا أدركوا دفع الامام ميراثه الى ابن أخيه وابن أخته المسلمين ، يدفع الى ابن أخيه ثلثي ما ترك ، وإلى ابن أخته ثلث ما ترك^(١) وحملها العلامة على الاستحباب^(٢) .

فالحاصل انّ في المسألة ثلاثة أقوال :

(الأول) عدم استحقاق الصغار واستقرار الملك لغيرهم من الطبقات ، لاجرائهم مجرى المعدوم ، وهو اختيار ابن إدريس .

(الثاني) التربص لإسلام الأولاد بعد بلوغهم مع كل وارث ، وهو قول الشريف ابن زهرة والتقي .

(الثالث) التربص لبلوغ الأولاد مع ابن الأخ وابن الأخت خاصة ، اقتصارا على مورد النص ، وهو قول الشيخين والصدوق والقاضي .

(تحقيق) الرواية من الصحاح ومضمونها عمل كثير من الأصحاب . واختلفوا في تنزيلها على أربعة أنحاء :

(أ) البناء على أنّ المانع من الإرث هو الكفر ، وهو مفقود في الأولاد الصغار حقيقة .

(١) التهذيب : ج ٩ (٣٨) باب ميراث أهل الملل المختلفة والاعتقادات المتباينة ص ٣٦٨ الحديث ١٤ .

(٢) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٩ س ٣ فإنه بعد اختياره ما اختاره ابن إدريس في السرائر قال : وحمل هذه الرواية على الاستحباب دون الوجوب .

وردد بمنع حصر المانع في الكفر ، بل عدم الإسلام أيضا مانع ، وهو موجود في حق الأطفال.

أما أولا : فلأنهم بحكم آبائهم.

وأما ثانيا : فلعدم اعتبار إسلام الصغير ، لرفع القلم عنه. وبتقدير انحصار المانع في الكفر نقول : الكفر هنا صادق ، إذ حكم الطفل حكم أبويه.

(ب) تنزيلها على أن إسلام الصغير معد للإسلام الحقيقي ، فإن حقيقة الكفر والإسلام لما انتفت عن الصغير ، وكان من شأن الكافر استحقاقه بإسلامه قبل القسمة ، وجهل الصغير إسلامه حيث يمكنه ، فإذا كانت الحالة حالة الصغر كان إسلامه حينئذ قائما مقام إسلام الكبير ، إذ المقذور للصغير هو ذلك ، وليس القيام في استحقاق الإرث في الحال ، بل المراعاة والمنع من القسمة إلى البلوغ ، لينكشف الأمر ، ويضعف بأن الإسلام المجازي ، أعني إسلام الطفل لا يعارض الإسلام الحقيقي ، أعني إسلام الكبير ، وهو هنا موجود وسابق فيستقر الإرث به.

(ج) التنزيل على أن المال لم يقسم حتى بلغوا ، سواء سبق منهم الإسلام حال الطفولية ، أو لا.

وقوله في الرواية (يعطي ابن أخيه وابن أخته) لا يدل على حصول القسمة ، بل هو اخبار عن قدر المستحق والنفقة من المال ، وذلك لا يستلزم القسمة.

وهذا تنزيل حسن ، لكن يبقى الإشكال في شيء آخر ، وهو قوله : (فإن أسلموا وهم صغار دفع ما ترك أبوهم إلى الإمام حتى يدركوا) والأصل بقاء استحقاق الوارث المسلم حتى يحصل المزاحم ، ولا يصلح الإسلام المجازي معارضا للإسلام الحقيقي ، خصوصا مع سبق الحقيقي ، لأصالة البقاء وقوة الاستصحاب واستغناء الباقي عن المؤثر واحتياج الحادث إليه ، اللهم إلا أن يقول : إسلامه حال الطفولية معد لاستحقاقه ، فيحجر الحاكم على التركة رعاية لمصلحته ، لوجود ما يصلح أن يكون

(الثالثة) إذا كان أحد أبوي الصغير مسلماً ، الحق به ، فلو بلغ اجبر على الإسلام ، ولو أبى كان كالمرد.

(الرابعة) المسلمون يتوارثون وان اختلفت آرائهم ، وكذا الكفار وان اختلفت مللهم .
(الخامسة) المرتد عن فطرة يقتل ولا يستتاب ، وتعتد امرأته عدة الوفاة ، وتقسم أمواله ^(١) ، ومن ليس عن فطرة يستتاب ، فان تاب والا يقتل وتعتد زوجته عدة الطلاق مع الحياة ، وعدة الوفاة لا معها. والمرأة لا تقتل بل تحبس وتضرب أوقات الصلاة حتى تتوب ولو كانت عن فطرة.

سببا لاستحقاقه.

(د) التنزيل على الاستحباب.

قال طاب ثراه : المرتد عن فطرة يقتل ولا يستتاب ، وتعتد امرأته عدة الوفاة ، وتقسم أمواله الى آخره.

أقول : المرتد اما عن فطرة ، ويعني به من علق به بعد إسلام أحد أبويه. أو عن ملة ، ونعني به من كان إسلامه بعد كفر ، وان كان بالتبعية ، كما لو أسلم أحد أبويه وهو حمل .
فهنا قسمان :

(الأول) المرتد عن ملة ، وفيه مسائل :

(أ) لا يجب قتل هذا المرتد ، بل يجب استتابته ، ومعنى الاستتابة المعاقبة بالحبس والضرب حتى يتوب ، فان آيس من توبته قتل ، فلا بد حينئذ من مدة التربص من قدر مضبوط يعرفه الحداد كيلا يتجاوزوه ، والمكلف بحيث يعرف عدم الفسحة له والصبر عليه بعدها. فقبل ذلك منوط بنظر الحاكم ، فيستتبه مدة يرجوا رجوعه فيها ،

وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط ^(١) واختاره فخر المحققين ^(٢) وقيل : ثلاثة أيام ، ^(٣) واستحوطه الشيخ في المبسوط ^(٤) واستحسنه المصنف في الشرائع ^(٥) لما فيه من التأني لإزالة عذره.

ومستنده ما رواه الشيخ عن مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : المرتد تعزل عنه امرأته ، ولا تؤكل ذبيحته ، ويستتاب ثلاثة أيام ، فإن تاب ، والا قتل يوم الرابع ^(٦).

(ب) لا تزول أملك هذا المرتد ، بل تكون باقية على ملكه ، فيلزمه جريان الحول للزكاة ووجوب الفطرة والحج.

(ج) يحجر الحاكم على أمواله لئلا يتصرف فيها بالإتلاف ، إرفاقاً به ، لتكون محفوظة عليه ينتفع بها إذا تاب.

(د) هذا الحجر غير مانع من وجوب الزكاة عليه ، وإن منع من التصرف في أمواله ، لتمكنه من إزالته فهو كالسفيه.

(هـ) تزول ولايته عن أطفاله وأمواله ، فلا يملك تزويج الصغير ولا الرقيق مطلقاً.

(١) المبسوط : ج ٧ كتاب المرتد ص ٢٨٣ س ١ قال : وقال آخرون : يستتاب القدر الذي يمكنه فيه الرجوع وهو الأقوى.

(٢) الإيضاح : ج ٤ (في أحكام المرتد) ص ٥٥٠ س ١٧ قال : والأقوى عندي أنه يستتاب القدر الذي يمكنه منه أن يرجع فيه إلى الإسلام.

(٣) الخلاف : كتاب المرتد مسألة ٦ قال : يستتاب ثلاثاً. وفي المبسوط : ج ٧ كتاب المرتد ص ٢٨٢ س ٢٣ قال : قال قوم : يستتاب ثلاثاً إلى قوله : والأول (أي الثلاث) أحوط لأنه ربما دخلت عليه شبهة فيتأملها وينبه عليها.

(٤) الخلاف : كتاب المرتد مسألة ٦ قال : يستتاب ثلاثاً. وفي المبسوط : ج ٧ كتاب المرتد ص ٢٨٢ س ٢٣ قال : قال قوم : يستتاب ثلاثاً إلى قوله : والأول (أي الثلاث) أحوط لأنه ربما دخلت عليه شبهة فيتأملها وينبه عليها.

(٥) الشرائع (الباب الأول في المرتد) قال : وكم يستتاب؟ قيل : ثلاثة أيام إلى قوله : والأول مروي ، وهو حسن لما فيه من التأني لإزالة عذره.

(٦) الكافي : ج ٧ باب حد المرتد ص ٢٥٨ الحديث ١٧.

-
-
- (و) يصح تملكه للأموال المستجدة بالاكتساب كالاكتساب والاثاب والإرث من الحربي.
- (ز) تعتد زوجته عدة الطلاق ، فان خرجت ولما يتب ، بانته منه ، ولو قتل في أثناء مدة الانتظار أو مات استأنفت عدة الوفاة. وكذا لو قتل بعد مدة التبرص ما دامت في العدة ، لكونها بمنزلة الرجعية ولقبول توبته بعد المدة.
- (ح) يجري عليه نفقة زوجته وان منع من وطئها ، لحصول المنع منه وتمكنه من إزالته.
- (ط) لو آلى منها أو ظاهر صح ، ويحتسب زمان الردة من المدة.
- (ى) لو طلق هل يصح أم لا؟ يحتمل العدم لأنها جارية إلى بينونة. ويحتمل الصحة لبقاء العصمة ، وحيث يستأنف العدة.
- (يا) يمنع من ابتداء العقد على المسلمة ، لأنه كافر. وعلى الكافرة لتحريمه بالإسلام.
- (يب) لو مات ورثه المسلم خاصة ، ومع عدمه الامام ، لا الكافر وان قرب.
- (يج) ناء أمواله له لبقائها على ملكه.
- (يد) لو التحق بدار الحرب أعتدت زوجته عدة الطلاق ، وبانت بانقضائها ، وهل تقسم أمواله بين ورثته؟ قال في النهاية : نعم ^(١) ومنع ابن إدريس ^(٢) وهو قوله

(١) النهاية : باب توارث أهل الملتين ص ٦٦٦ س ١٥ قال : ومن كان كافرا فأسلم ثم ارتد الى قوله : فان لحق بدار الحرب ولم يقدر عليه أعتدت منه امرأته عدة المطلقة ثم يقسم ميراثه بين أهله.

(٢) السرائر : كتاب الموارث (فصل قد بينا فيما مضى إلخ) ص ٤٠٥ س ٥ قال : وهذا المرتد الذي قد ارتد لاعن فطرة الإسلام لا يقسم أمواله بين ورثته الى ان يموت أو يقتل وان لحق بدار الحرب إلخ.

.....

في المبسوط ^(١) والخلاف ^(٢) واختاره العلامة ^(٣).

(الثاني) المرتد عن فطرة الإسلام وفيه مسائل :

(أ) يجب قتل هذا في الحال ولا تقبل توبته.

(ب) المتولي لقتله الإمام أو نائبه ، ولو قتله غيرهما اثم وكان هدرا.

(ج) تعتد زوجته عدة الوفاة ، سواء قتل أو بقي ، من حين ارتداده ، ثم تحل للأزواج.

(د) تخرج أمواله عن ملكه ، فيقضى منها الديون ، ويحل مؤجلها كالموت ، ويقسم

بين ورثته.

(هـ) لما خرجت عنه الأموال المملوكة له بالفعل ونزل منزلة الميت في إباحة زوجته ، خرج عن أهلية التملك ، فلو مات له قريب لم يرثه ونزل معدوما. وكذا لو احتطب أو احتش ، أو حاز مباحا كان ذلك باقيا على أصل الإباحة ، فلو أخذه منه إنسان ملكه. ولو اثبت يده على ما ليس أصله الإباحة كما لو عامل ، كانت المعاملة فاسدة وما في يده باق على ملك دافعه. ولو أخذه عوضا عن عمل عمله بنفسه كان باقيا على ملك دافعه ، إذ لا يجب عليه اجرة عما استعمله. وكذا لو كان عوضا عما أصله مباح كالصيد. ولو أخذه منه أخذ رده على المالك لا على المرتد ، وقال بعض : يملكه ويكون لوارثه.

(١) المبسوط : ج ٧ كتاب المرتد ص ٢٨٣ س ٨ قال : وان كان (اي الارتداد) عن إسلام كان قبله كافرا الى قوله : والأصل بقاء الملك.

(٢) كتاب الخلاف : كتاب المرتد مسألة ١٠ قال : المرتد الذي يستتاب إذا لحق بدار الحرب لم يجر ذلك مجرى موته ، ولا يتصرف في ماله إلخ.

(٣) القواعد : ج ٢ (الفصل الثاني في أحكام المرتد) ص ٢٧٦ س ١٢ قال : وان التحق بدار الحرب حفظت (اي أمواله) وبيع ما يكون الغبطة في بيعه كالحيوان فان مات أو قتل انتقل الى ورثته المسلمين إلخ.

(و) لو كان لهذا المرتد مدبر لم ينعق بمجرد ارتداده ، لأنه لم يمّت وان كان بمنزلة الميت ، لأصالة بقاء الملك وعدم حصول شرط التدبير عرفا. وهل ينعق لو قتل بعد ذلك؟ التحقيق ان نقول : من حين ارتداده حكم بخروج ملكه عنه وانتقاله إلى وارثه. وإذا خرج المدبر عن ملك مدبره ، هل يبطل التدبير ، أو يكون باقيا والنقل انما هو للمنافع خاصة؟ كمذهب الشيخ ، وقد مرّ في باب البيع والرهن والصدّاق ، فعلى الأول : لا عتق ، وعلى الثاني ينعق ، وقد حققناه في باب التدبير.

(ز) لو لم يقتل حلّ لزوجته التزويج بعد العدة ، وحلت أمواله لوارثه وان كان باقيا.

(ح) لو ظاهر أو آلى في العدة لم يصح لكونها بائنة.

(ط) لا نفقه لها في العدة وان كانت حاملا وقلنا النفقة للحمل.

(ى) ينقطع الحول عن أمواله الزكوية لخروجها عن ملكه.

(يا) لو تاب لم يقبل بالنسبة إلى إسقاط الحد ، وملك المال ، وبقاء النكاح ، وابتداء

النكاح مطلقا ، وتقبل بالنسبة إلى الطهارة ، وصحة العبادات ، وإسقاط عقوبة الآخرة ، واستحقاق الثواب ، ولا ينافي ذلك وجوب قتله كما لو تاب المحصن بعد قيام البينة.

(يب) يحل لوارثه وزوجته الاستيلاء على قدر النصيب من الإرث وقضاء العدة

والتزويج بعدها وان لم يثبت ذلك عند الحاكم ان كان سبب الارتداد أمرا قطعيا ، وان كان اجتهاديا وقف ذلك على حكم الحاكم.

(يج) لو كان عاجزا هل يجب نفقته على قريبه؟ يحتمل ذلك لوجود السبب وهو

القربة ، ولا يشترط في مستحق الإنفاق الإسلام ، ويحتمل عدمه لوجوب قتله والإنفاق يوجب بقائه ، فلا يجتمعان والأول أقوى تجنبا للتعذيب خصوصا مع التوبة.

(يد) لو ارتد عن غير مدخول بها ، هل يجب عليها عدة الوفاة من حين الارتداد أو لا عدة عليها ، يحتمل قويا الأول للعموم ، ولأن حكمه حكم الميت. ويحتمل الثاني ضعيفا لأنه نكاح انفسخ بغير الموت قبل الدخول.

(يه) هل يدخل في ملكه ما يكتسبه بالاحتطاب وشبهه؟ يحتمل ذلك لان الكفر لا ينافي ابتداء تملك المباحات. فتملك في آن ثم ينتقل إلى الورثة في الآن الثاني. ويحتمل قويا العدم ، لأن الردة تنافي الملك المستدام وهو أقوى من الحادث. فلئن يمنع الحادث اولى وهو اختيار العلامة ^(١) وفخر المحققين ^(٢).

(تمة) المرأة لا تقتل بالردة وان كانت عن فطرة ، بل تحبس وتضرب أوقات الصلاة دائما حتى تتوب ، فتخلى سبيلها حينئذ ، ولا يحكم بزوال أموالها عنها بالردة ، بل يحجر عليها.

وبالجملة حكمها حكم المرتد عن ملة. وذهب بعضهم إلى أنها تحبس دائما مع التوبة ، وهو وهم.

وقد صرح الشيخ بما قلناه في كتاب الاستبصار ، وقال بعد ما روى حديث علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن مسلم ارتد قال : يقتل ولا يستتاب ، قلت : فنصراني أسلم ثم ارتد عن الإسلام ، قال : يستتاب ، فان رجع ، والا قتل ^(٣).

(١) القواعد : ج ٢ (الفصل الثاني في أحكام المرتد) ص ٢٧٦ س ١٩ قال : واما المرتد عن فطرة فالأقرب عدم دخول ذلك كله (اي ما يتجدد له من الأموال بالاحتطاب والأتخاب) في ملكه.

(٢) الإيضاح : ج ٤ (المطلب الثالث في أمواله وتصرفاته) ص ٥٥٤ س ١٨ قال : الأقرب عند المصنف وعندني : لا.

(٣) الاستبصار : ج ٤ (١٤٩) باب حد المرتد والمتردة ص ٢٥٤ الحديث ٨.

فأما المرأة فإذا ارتدت فإنها لا تقتل على كل حال ، بل تخلد في السجن ان لم ترجع إلى الإسلام^(١).

وقد تضمن ذلك رواية الحسن بن محبوب عن غير واحد من أصحابنا عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام في المرتد يستتاب ، فان تاب والا قتل ، والمرأة إذا ارتدت استتييت فان تاب ورجعت والا خلدت السجن وضيق عليها في حبسها^(٢). ومثلها رواية عباد بن صهيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المرتد يستتاب ، فان تاب والا قتل ، والمرأة تستتاب فان تابت والا حبست في السجن وأضرّ بها^(٣).

فرع

لو ارتدت ذات البعل تربص زوجها العدة ، فإن تابت فالنكاح باق ، وان أصرّت بانت ، ويحل له العقد على الخامسة ، وعلى أختها. ولو كان ذلك قبل الدخول بانت في الحال وسقط مهرها.

تذنيب

المسلمون يتوارثون وان اختلفوا في الآراء والمذاهب ، فالتوارث يجري على الشهادتين وكذلك القصاص والديات ، وفي النكاح قولان : واما استحقاق الثواب

(١) الاستبصار : ج ٤ (١٤٩) باب حد المرتد والمتردة ص ٢٥٤ ذيل حديث ٩.

(٢) الاستبصار : ج ٤ (١٤٩) باب حد المرتد والمتردة ص ٢٥٣ الحديث ٤.

(٣) الاستبصار : ج ٤ (١٤٩) باب حد المرتد والمتردة ص ٢٥٥ الحديث ١٢.

(السادسة) لو مات المرتد كان ميراثه لوارثه المسلم. ولو لم يكن وارث الا كافر كان ميراثه للإمام على الأظهر.

فعلى الايمان ، وهو اختيار الشيخ في النهاية ^(١) والقاضي ^(٢) وابن حمزة ^(٣) وابن إدريس ^(٤). وقال المفيد : يرث المؤمنون أهل البدع : من المعتزلة والمرجئة والخوارج والحشوية دون العكس ^(٥) وبه قال التقي ، وعبارته : من كان كافرا يهودية أو نصرانية أو تشبيهه أو جحود نبوة أو امامة لا يرث المؤمن ^(٦).

قال طاب ثراه : ولو لم يكن وارث الا كافر كان ميراث المرتد للإمام على الأظهر. أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب لتحريمه بالإسلام ، فلا يرثه الكافر لقوله عليه السلام : الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ^(٧). نحن نرثهم ولا يرثونا ^(٨).

(١) النهاية : باب توارث أهل الملتين ص ٦٦٦ س ٢ قال : والمسلمون يتوارث بعضهم من بعض وان اختلفوا في الآراء الى قوله : دون فعل الإيمان الذي يستحق به الثواب.

(٢) المهذب : ج ٢ باب توارث أهل ملتين ص ١٦٠ س ١١ قال : والمسلمون يرث بعضهم بعضا وان اختلفوا في الآراء الى قوله : دون الإيمان إلخ.

(٣) الوسيلة : فصل في بيان توارث أهل ملتين ص ٣٩٤ س ١٠ قال : والإسلام على اختلاف المذاهب والآراء ملة واحدة.

(٤) السرائر : كتاب الموارث (فصل قد بينا فيما مضى إلخ) ص ٤٠٤ س ٢٧ قال : والمسلمون يرث بعضهم بعضا وان اختلفوا في الآراء والمذاهب الى قوله : دون فعل الإيمان الذي يستحق به الثواب ويتركه العقاب.

(٥) المقنعة : باب موارث أهل الملل المختلفة ص ١٠٧ س ١٧ قال : ويرث المؤمنون أهل البدع الى قوله : ولا يرث هذه الفرق أحدا من أهل الإيمان.

(٦) الكافي : (الباب الخامس) ص ٣٧٤ س ٢٢ قال : أو كافر له ولد كافر الى قوله : ميراثه لابن خاله المسلم دون ولده الكافر.

(٧) عوالي اللئالي : ج ١ ص ٢٢٦ الحديث ١١٨ ولاحظ ما علق عليه فإنه ينفعلك ورواه في الفقيه : ج ٤ (١٧١) باب ميراث أهل الملل ص ٢٤٣ الحديث ٣.

(٨) من لا يحضره الفقيه : ج ٤ (١٧١) باب ميراث أهل الملل ص ٢٤٣ قطعة من حديث ٥.

واما القتل : فيمنع الوارث من الإرث إذا كان عمدا ظلما ، ولا يمنع لو كان خطأ.
وقال الشيخان : يمنع من الدية حسب ^(١). ولو اجتمع القاتل وغيره ، فالميراث لغير القاتل
وان بعد ، سواء تقرب بالقاتل أو غيره ، ولو لم يكن وارث سوى القاتل فالارث للإمام.

وقال الشيخ في الاستبصار : ميراثه لولده الكفار ، لما رواه إبراهيم بن عبد الحميد عن
رجل قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : نصراني أسلم ورجع الى النصرانية ثم مات قال
: ميراثه لولده النصراني ومسلم تنصر ثم مات قال : ميراثه لولده المسلمين ^(١).
وحملها في النهاية على التقية ^(٢) وافق بها الصدوق في المقنع ^(٣).
وهي مرسلة ، وعلى خلاف الأصل ، وحملها على التقية حسن.
قال طاب ثراه : وقال الشيخان : يمنع من الدية حسب.
أقول : القتل إما عمدا أو خطأ أو شبهة ، فالأقسام ثلاثة :
(الأول) العمد : ولا يرث من الدية ولا من التركة إجماعا ، مقابلة له بنقيض مطلوبه ،
وعقوبة على فعله ، واحتياطا في عصمة الدم كيلا يقتل أهل الموارث بعضهم بعضا طمعا في
الميراث.

(الثاني) الخطأ : وفيه ثلاثة أقوال :

(أ) منعه مطلقا وهو قول الحسن ^(٤).

(١) الاستبصار : ج ٤ (١١٠) باب انه يرث المسلم الكافر ولا يرثه الكافر ص ١٩٣ الحديث ١٩.
(٢) النهاية : باب توارث أهل الملتين ص ٦٦٧ س ١ قال : وقد روي انه يكون ميراثه لورثته الكفار ، وذلك
محمول على ضرب من التقية لأنه مذهب العامة.
(٣) المقنع : باب الموارث ص ١٧٩ س ١٠ قال : والنصراني إذا أسلم ثم رجع الى النصرانية ثم مات فميراثه
لولده النصراني.
(٤) المختلف : ج ٢ في ميراث القاتل ص ١٩١ س ١٠ قال : فابن عقيل منع من إرثه مطلقا.

(ب) التوريث مطلقاً وهو قول المفيد ^(١) وتلميذه ^(٢).
 (ج) المنع من الدية دون باقي التركة ، وهو قول الشيخ ^(٣) وأبي علي ^(٤) والقاضي ^(٥)
 والتقي ^(٦) وابن حمزة ^(٧) وابن زهرة ^(٨) وابن إدريس ^(٩) واختاره العلامة ^(١٠) واستحسنه المصنف
 واختار التوريث مطلقاً ^(١١).
 احتج الحسن : بأن في منعه احتياطاً في عصمة الدماء. وبأنه يؤخذ منه الدية فكيف يرث.

وبما رواه فضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام قال : لا يقتل الرجل بولده ،
 ويقتل الولد بوالده إذا قتل والده ، ولا يرث الرجل الرجل إذا قتله وإن كان

-
- (١) المقنعة : باب ميراث القاتل ص ١٠٧ س ٢٨ قال : ويرثه إذا قتله خطأ.
 (٢) المراسم : كتاب الموارث ص ٢١٨ س ١٧ قال : ولا يمنع الإرث إلا العمد خاصة.
 (٣) النهاية : باب ميراث القاتل ومن يستحق الدية ص ٦٧٢ س ١٨ فبعد نقل الحديث والحمل على عدم الإرث من الدية قال : وعلى هذا أعمل لأنه أحوط.
 (٤) المختلف : ج ٢ في ميراث القاتل ص ١٩١ س ١٠ قال : والشيخ وابن الجنيد إلى قوله : منعه من الدية.
 (٥) المهذب : ج ٢ باب ميراث القاتل ص ١٦٢ س ١٤ قال : وأما القاتل خطأ إلى قوله : ولا يرث من ديته.
 (٦) الكافي : الباب الخامس ص ٣٧٥ س ١١ قال : ويرثه إن كان القتل خطأ ما خرج عن الدية.
 (٧) الوسيلة : (فصل في بيان حكم ميراث القاتل) ص ٣٩٦ س ٥ قال : والثالث : يرثه من التركة دون الدية.
 (٨) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦٠٨ س ١٤ قال : ويرثه خطأ ما عدا الدية.
 (٩) السرائر : كتاب الموارث ص ٤٠٥ س ٢٩ قال : ويرثه إذا كان قتله خطأ ما عدى الدية.
 (١٠) المختلف : ج ٢ في ميراث القاتل ص ١٩١ س ١٢ قال : والمعتمد ما قاله الشيخ في الخطأ.
 (١١) الشرائع : كتاب الفرائض (أما القتل) قال : ولو كان القتل خطأ ورث على الأشهر. وخرّج المفيد رحمه الله
 وجهاً آخر : هو المنع من الدية ، وهو حسن ، والأول أشبه.

خطأ^(١).

وبصحيحة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لا ميراث للقاتل^(٢) وهو عام.

احتج المفيد : بان المنع لمكان العقوبة ، وقاتل الخطأ غير مذنب.

وبصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل قتل أمه أيرثها؟ قال : ان كان خطأ ورثها ، وان كان عمدا لم يرثها^(٣).

احتج الشيخ : بالجمع بين الروايات ، فحمل ما ورد منها بالمنع على الدية ، وبالإرث على بقية التركة^(٤) لمناسبة الأصل فلا يمنعه من التركة ، لعموم آية. الإرث^(٥) ولكونه غير مذنب ، ولا يعطيه من الدية حقنا للدم واحتياطاً في عصمته ، لئلا يطل.

(الثالث) شبهه العمد ، وفيه قولان : فابن الجنيد الحق بالعمد في المنع من الجميع^(٦) واختاره العلامة في القواعد^(٧)

(١) التهذيب : ج ٩ (٤١) باب ميراث القاتل ص ٣٧٩ الحديث ١٢.

(٢) التهذيب : ج ٩ (٤١) باب ميراث القاتل ص ٣٧٨ الحديث ٥.

(٣) التهذيب : ج ٩ (٤١) باب ميراث القاتل ص ٣٧٩ الحديث ١١.

(٤) التهذيب : ج ٩ (٤١) باب ميراث القاتل ص ٣٨٠ س ٥ قال في مقام الجمع : ومع ذلك يحتمل ان يكون الوجه فيه ما كان يقوله شيخنا أبو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان من انه لا يرث الرجل الرجل إذا قتله خطأ من دينه ويرثه مما عدى الدية.

(٥) النساء : ١٢ قال تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ الى آخره.

(٦) المختلف : ج ٢ في ميراث القاتل ص ١٩٠ س ١٦ قال : وقال ابن الجنيد : القاتل عمد لا يرث الى قوله : وكذا شبه العمد إلخ.

(٧) القواعد : ج ٢ (المطلب الثاني القتل) ص ١٦٣ س ١٩ قال : وهل يلحق شبهه العمد بالعمد أو بالخطأ؟ الأقرب الأول.

وفخر المحققين في إيضاحه ^(١) وسلار الحقه بالخطأ ^(٢) وكذا ابن حمزة ^(٣).
لكن افترقا ، فسلا ر يورثه مطلقا وابن حمزة بما عدى الدية كمذهب الشيخ ، وقد ذكرناه ، فيما تقدم.

قال العلامة في المختلف : واما شبيهه العمد فالأولى إلحاقه بالخطأ ولأن المقتضي للمنع في العمد ، وهو المؤاخذه له بنقيض مقصوده منتف هنا كالخطأ ^(٤). وقول المصنف : ﴿وقال الشيخان : يمنع من الدية حسب﴾ ^(٥) وقال في الشرائع : وخرّج المفيد وجهها آخر : وهو المنع من الدية ، فنسب التفصيل الى المفيد ، ونحن حكينا عنه التورث مطلقا ، فما ذكره المصنف عنه إشارة إلى حمله للرواية المانعة من تورثه ، على الدية ^(٦).

قال الشيخ في النهاية : القاتل ضربان : قاتل عمد ، ولا يرث المقتول لا من التركة ، ولا من الدية ، وقاتل خطأ ويرث المقتول على كل حال ، ولذا كان أو والدا ، زوجا أو زوجة من نفس التركة ومن الدية. وقد رويت رواية : بأن القاتل لا يرث وان كان خطأ ، وهذه رواية شاذة لا عمل عليها ، لأن أكثر الروايات على

(١) الإيضاح : ج ٤ (في موانع الإرث) ص ١٨٢ س ١٣ قال : والأصح عندي وعند والدي وجدي قول ابن الجنيد.

(٢) المراسم : كتاب الموارث ص ٢١٨ س ١٧ قال : ولا يمنع الإرث إلا العمد خاصة.

(٣) الوسيلة : (فصل في بيان حكم ميراث القاتل) : ص ٣٩٦ س ٥ قال : والثالث (اي شبيهها بالخطأ) يرثه من التركة دون الدية ، وقيل : يرث الدية أيضا وقيل : لم يرث من التركة أيضا.

(٤) المختلف : ج ٢ (في ميراث القاتل) ص ١٩١ س ١٦ قال : واما شبيهه العمد ، فالأولى إلحاقه بالخطأ إلخ.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) الشرائع (في موانع الإرث) واما القتل قال : ولو كان القتل خطأ ورث على الأشهر ، وخرّج المفيد رحمه الله وجهها آخر إلخ.

وهنا مسائل

(الأولى) الدية كأموال الميت تقضى منها ديونه ، وتنفذ وصاياه ، وإن قتل عمدا إذا أخذت الدية ، وهل للديان منع الوارث من القصاص؟ الوجه : لا ، وفي رواية لهم المنع حتى يضمن الوارث الدين.

ما قدمناه ، وكان شيخنا رحمه الله يحمل هذه الرواية على انه إذا كان القاتل خطأ فإنه لا يرث من الدية ويرث من التركة للجمع بين الاخبار ، وعلى هذا أعمل لأنه أحوط ^(١).

فنسب المصنف التفصيل الى المفيد ، لأنه السابق الى هذا الجمع.

وأما فتواه فظاهرها التوريث مطلقا ، حيث قال : وقاتل العمد لا يرث نسيبه ، ويرثه إذا قتله خطأ ، وإنما منع قاتل العمد من الميراث عقوبة على جرمه ، وعظم ذنبه ، وقال : الخطأ غير مذنب لأنه لم يتعمد الله خلافا ، ولا أوقع بقتله معصية ^(٢) ، وأطلق.

قال طاب ثراه : الدية كأموال الميت تقضى منها ديونه ، وتنفذ وصاياه ، وإن قتل عمدا إذا أخذت الدية ، وهل للديان منع الوارث من القصاص؟ الوجه : لا ، وفي رواية لهم المنع حتى يضمن الوارث الدين ^(٣).

أقول : الدية كأموال الميت ، يخرج منها مئونة تجهيزه ، ثم ديونه ، ثم وصاياه ،

(١) النهاية : باب ميراث القاتل ومن يستحق الدية ص ٦٧١ س ١٨ قال : القاتل على ضربين الى قوله : وعلى هذا أعمل لأنه أحوط.

(٢) المقنعة : (باب ميراث القاتل) ص ١٠٧ س ٢٨ قال : وقاتل العمد لا يرث المقتول إذا كان نسيبه ، الى قوله ولا أوقع بقتله معصية.

(٣) في النسخ المخطوطة التي بأيدينا (حتى يضمن الدية) والصواب ما أثبتناه كما في المطبوع من المختصر النافع.

.....

والباقى إرث ، وذلك إجماع. وما جنى عليه بعد موته لا يملكه الوارث ، بل يخرج عنه في وجوه القرب كالحج والعمرة. ولو كان هناك دين كان أولى.

هذا إذا كانت الجناية موجبة للدية في الأصل كالخطأ.

وان كانت عمدا ورضي الوارث بها فكذلك.

ولو بذل القاتل الدية ، وهناك دين ، هل للوارث الامتناع والقصاص؟ قيل : نعم ، لأنه حقه ، ولقوله تعالى ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾^(١) وهو اختيار ابن إدريس^(٢) واختاره المصنف^(٣) والعلامة^(٤).

وقال الشيخ في النهاية : للديان منع الوارث حتى يضمن لهم الدية لغلا يضيع حقهم^(٥).

والتعويل على رواية أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقتل وعليه دين وليس له مال ، فهل لأوليائه أن يهبوا دم القاتل وعليه دين؟ فقال : ان أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل ، فان اوهب أوليائه دمه للقاتل فجائز ، وان أرادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمنوا الدية للغرماء^(٦).

(١) قال تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾ الاسراء : ٣٣.

(٢) السرائر : باب قضاء الدين عن الميت ص ١٦٦ س ١٧ قال بعد نقل الشيخ في النهاية : والذي يقتضيه أصول مذهبنا وما عليه إجماع طائفتنا : ان قتل العمد المحض موجب القود فحسب دون المال إلخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) التحرير : ج ٢ (الفصل الثاني في باقي الموانع) ص ١٧٢ س ٢٢ قال : ولو وقع عمدا فاختر الديان الدية والورثة القصاص قدم اختيار الورثة إلخ.

(٥) النهاية : باب قضاء الدين عن الميت ص ٣٠٩ س ١٣ قال : وان قتل إنسان وعليه دين وجب ان يقضي ما عليه من دينه سواء كان قتله عمدا أو خطأ.

(٦) التهذيب : ج ١٠ (١٣) باب القضاء في اختلاف الأولياء ص ١٨٠ الحديث ١٨.

(الثانية) يرث الدية من يتقرب بالأب ذكرانا أو إناثا ، والزوج والزوجة. ولا يرث من يتقرب بالأم ، وقيل : يرثها من يرث المال.

وهي نادرة ، فلا تعارض عموم القرآن ^(١) مع ما ترى من اضطرابها.
قال طاب ثراه : وقيل : يرثها من يرث المال.
أقول : اختلف الفقهاء في الوارث لدية المقتول على أقوال ثلاثة :
(الأول) يرثها كل وارث ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط ^(٢) وموضع في الخلاف ^(٣)
وابن حمزة ^(٤) وابن إدريس في كتاب الجنائيات ^(٥).
(الثاني) يرثها المناسب والمسامت عدا المتقرب بالأم وهو قول الشيخ في النهاية ^(٦)
واختاره المصنف ^(٧) والعلامة في القواعد ^(٨).
(الثالث) يرثها الوالدان والولد ، ومع فقدهم لمن تقرب بالأبوين معا دون من

-
- (١) تقدم آنفا.
(٢) المبسوط : ج ٧ كتاب الجراح ص ٧٤ س ٦ قال : فالدية يرثها من يرث المال.
(٣) كتاب الخلاف : كتاب الفرائض مسألة ١٢٧ قال : يرث الدية جميع الورثة سواء كانوا مناسبين أو غير مناسبين إلخ.
(٤) الوسيلة : فصل في بيان حكم ميراث القاتل ص ٣٩٦ س ٧ قال : ويستحق الدية خمسة : الولد والوالدان إلخ.
(٥) السرائر : باب في أقسام القتل ص ٤١٨ س ٣٢ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط : الذي أعول عليه وافتي به القول الذي قواه شيخنا في مبسوطه دون ما ذكره في نهايته لأنه موافق لأصول مذهبنا يعضده ظاهر القرآن إلخ.
(٦) النهاية : باب ميراث القتال ص ٦٧٣ س ١٤ قال : والدية يستحقها الى قوله : وكل من يتقرب من جهة الأب خاصة ذكرا كان أو أنثى إلخ.
(٧) لاحظ عبارة النافع.
(٨) القواعد : ج ٢ كتاب الفرائض المطلب الثاني القتل ص ١٦٣ س ١٦ قال : ويرث الدية كل مناسب ومسابب عدا المتقرب بالأم.

تقرب بأحدهما من الاخوة والعمومة ، ومع فقدهم لمولى النعمة ان كان ، والا فالإمام ، وهو القول الثاني للشيخ في الخلاف ^(١).

احتج الأولون : بقوله تعالى ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ ^(٢).

وبما رواه إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : إذا قبلت دية العمد ، فصارت مالا فهي ميراث كسائر الأموال ^(٣).

احتج الشيخ على قول النهاية : بما رواه عبد الله بن سنان قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : قضى أمير المؤمنين عليه السلام ان الدية يرثها الورثة إلا الاخوة من الأم فإنهم لا يرثون من الدية شيئا ^(٤).

أما الزوج والزوجة : فالمشهور تورثهما منها إذا قتلت ، وان لم يرثا من القصاص كالموصى له وصاحب الدين.

ورواه الشيخ في التهذيب عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : المرأة ترث من دية زوجها ، ويرث من ديتها ، ما لم يقتل أحدهما صاحبه ^(٥).

وروى الشيخ أيضا منعهما عن النوفلي عن السكوني عن جعفر عن أبيه : انّ عليا عليه السلام كان لا يورث المرأة من دية زوجها شيئا ، ولا يورث الرجل من دية

(١) كتاب الخلاف : كتاب الجنايات مسألة ٤١ قال : الدية يرثها الأولاد إلى قوله : ولا يرث الاخوة والأخوات من قبل الأم ، ولا الأخوات من قبل الأب.

(٢) الأنفال : ٧٥.

(٣) التهذيب : ج ٩ (٤٠) باب ميراث المرتد ومن يستحق الدية من ذوي الأرحام ص ٣٧٧ الحديث ١٦.

(٤) التهذيب : ج ٩ (٤٠) باب ميراث المرتد ومن يستحق الدية من ذوي الأرحام ص ٣٧٥ الحديث ٨.

(٥) التهذيب : ج ٩ (٤١) باب ميراث القاتل ص ٣٧٨ الحديث ٦.

(الثالثة) إذا لم يكن للمقتول عمدا وارث سوى الامام ، فله القود أو الدية مع التراضي وليس له العفو وقيل : له العفو .
أما الرق : فيمنع في الوارث والمورث . ولو اجتمع مع الحرّ فالميراث للحرّ دونه ، ولو بعد وقرب المملوك . ولو أعتق على ميراث قبل القسمة شارك ان كان مساويا وحاز الإرث ان كان أولى . ولو كان الوارث واحدا فأعتق الرق لم يرث وان كان أقرب لأنه لا قسمة . ولو لم يكن وارث سوى المملوك أجبر مولاه على أخذ قيمته وينعتق ليحوز الإرث .

امراته شيئا ، ولا الاخوة من الام من الدية شيئا ^(١) .
قال طاب ثراه : إذا لم يكن للمقتول عمدا وارث سوى الامام فله القود أو الدية مع التراضي ، وليس له العفو ، وقيل : له العفو .
أقول : الأول اختيار الأكثر ^(٢) .
وبه روايتان عن أبي عبد الله عليه السلام .
إحدهما : إنما على الامام ان يقتل أو يأخذ الدية ، وليس له ان يعفو ^(٣) .
والأخرى رواية أبي ولاد عنه عليه السلام : انه ليس للإمام ان يعفو ، وله ان يقتل أو يأخذ الدية ، فيجعلها في بيت مال المسلمين ^(٤) .
وهو المعتمد . وذهب ابن إدريس إلى جواز العفو واختصاصه بالدية ، لأنه ولي

(١) التهذيب : ج ٩ (٤١) باب ميراث القاتل ص ٣٨٠ الحديث ١٣ .
(٢) لاحظ النهاية : كتاب الديات ص ٧٣٩ س ٨ والمهذب : ج ٢ باب أقسام القتل ص ٤٦٠ س ٣ والقواعد : ج ٢ ص ١٦٣ س ١٦ .
(٣) التهذيب : ج ١٠ (١٣) باب القضاء في اختلاف الأولياء ص ١٧٨ قطعة من حديث ١٢ .
(٤) التهذيب : ج ١٠ (١٣) باب القضاء في اختلاف الأولياء ص ١٧٨ الحديث ١١ .

ولو قصر المال عن قيمته لم يفك ، وقيل : يفك ويسعى في باقيه ^(١). ويفك الأبوان والأولاد دون غيرهما ، وقيل : يفك ذو القرابة ، وفيه رواية ضعيفة. وفي الزوج والزوجة تردد. ولا يرث المدبر ، ولا أم الولد ، ولا المكاتب المشروط. ومن تحرر بعضه يرث بما فيه من الحرية ويمنع بما فيه من الرقية.

المقتول ووارثه لو مات ^(٢).

قال طاب ثراه : ولو قصر المال عن قيمته لم يفك ، وقيل : يفك ويسعى في باقيه الى آخره.

أقول : إذا اجتمع في الورثة حرّ وعبد ، فال ميراث للحر وان بعد وقرب المملوك ، كابن رقيق مع ضامن جريرة فال ميراث للضامن الجريرة دون الولد ، نعم هو اولى من الامام ، فيشتري من التركة.

وتحرير البحث هنا يقع في فصلين.

(الأول) فيمن يفك من الورثة ، وفيه أربعة أقوال :

(أ) الأبوان خاصة وهو قول سalar ^(٣) وظاهر الصدوقين ^(٤) ^(٥) ووجهه : ان الفك على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على المتفق عليه.

(١) السرائر : باب في أقسام القتل ص ٤٢٠ س ٢٤ قال بعد نقل قول النهاية : هذا غير واضح ولا مستقيم ، بل الامام ولي المقتول ان شاء عفى وان شاء قتل إلخ.

(٢) المراسم : ص ٢١٩ س ١ قال : واما الرق الى قوله : فما يجب ازالته فهو رق الأبوين إلى قوله : ورق باقي الأقارب لا يجب ذلك فيه.

(٣) المقنع : باب الموارث ص ١٧٨ س ١٠ قال : وإذا مات رجل حر وترك أمّا مملوكة فإن أمير المؤمنين عليه السلام أمر أن تشتري الأم من مال ابنها ثم تعتق فيورثها الى قوله : كذلك ذكره والدي رحمه الله في رسالته إليّ.

(٤) المقنع : باب الموارث ص ١٧٨ س ١٠ قال : وإذا مات رجل حر وترك أمّا مملوكة فإن أمير المؤمنين عليه السلام أمر أن تشتري الأم من مال ابنها ثم تعتق فيورثها الى قوله : كذلك ذكره والدي رحمه الله في رسالته إليّ.

(ب) اضافة الأولاد ، وهو قول المفيد ^(١) وابن حمزة ^(٢) وقواه ابن إدريس ^(٣) ونقله عن السيد ^(٤) والمراد هنا : الأدنى من الولد والوالد ، فلا يسري الى النافلة والجد ، صرح به المفيد رحمه الله ^(٥).

فهنا حكامان : الوالد والولد.

أما الأول : فمستنده بعد الإجماع ، حسنة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرجل يموت وله أم مملوكة ، وله مال ، ان يشتري أمه من ماله ويدفع إليها بقية المال إذا لم يكن له ذو قرابة له سهم في الكتاب ^(٦).
وأما الثاني : فالتعويل فيه على حسنة جميل عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : الرجل يموت ، وله ابن مملوك ، وله مال ، قال : يشتري ويعتق ، ويدفع اليه ما بقي ^(٧).
(ج) اضافة الأقارب إلى الأبوين والولد ، فيدخل فيه من علا من الآباء وسفل

(١) المقنعة : باب الحر إذا مات وترك وارثا مملوكا ص ١٠٦ س ١٠ قال : وكذلك ان ترك امه وولده لصلبه ، وليس حكم الجد والجدة وولد الولد كحكم الوالدين الأذنين والولد للصلب.
(٢) الوسيلة : فصل في بيان ميراث الحر من المملوك والمملوك من الحر ص ٣٩٦ س ١٤ قال : وان كان مملوكا لم يخل من ستة أوجه : اما يكون ولدا واحدا أو أكثر ، أو يكون احد الوالدين أو كليهما ، أو يكون الولد والوالدان معا إلخ.

(٣) السرائر : كتاب المواريث ص ٤٠٥ س ١٧ قال : وذهب أكثر أصحابنا إلى انه لا يشتري إلا ولد الصلب والوالد والوالدة فحسب الى قوله : وهو الذي يقوى في نفسي واعمل عليه وافتي به ، وهو اختيار السيد المرتضى.
(٤) السرائر : كتاب المواريث ص ٤٠٥ س ١٧ قال : وذهب أكثر أصحابنا إلى انه لا يشتري إلا ولد الصلب والوالد والوالدة فحسب الى قوله : وهو الذي يقوى في نفسي واعمل عليه وافتي به ، وهو اختيار السيد المرتضى.
(٥) تقدم نقله آنفا عن المقنعة.

(٦) الكافي : ج ٧ باب ميراث المماليك ص ١٤٧ الحديث ٧.

(٧) الكافي : ج ٧ باب ميراث المماليك ص ١٤٧ الحديث ٤.

من الأولاد والاحوة والعمومة وأولادهم عدا الزوج والزوجة ، وهو قول القاضي ^(١) والتقي ^(٢) وأبي علي ^(٣) ، وهو اختيار العلامة ^(٤) وفخر المحققين ^(٥).

ومستنده رواية عبد الله بن طلحة عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل مات وترك مالا كثيرا ، وترك أمّا وأختا مملوكة قال : تشتريان من مال الميت ثمّ تعتقان وتورثان ^(٦).

والظاهر ان المراد كل واحدة منهما على البدل ، لا الجمع ، لعدم تورث الام مع الأخت.

ومثلها رواية ابن بكير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال : إذا مات الرجل وترك أباه وهو مملوك ، وامه وهي مملوكة ، أو أخاه أو أخته ، وترك مالا ، والميت حر ، اشترى مما ترك ، أبوه أو قرابته وورث ما بقي من المال ^(٧).
قال العلامة في المختلف : وهذه الطريقة غير سليمة عن الطعن ^(٨) فنحن فيها من

(١) المهذب : ج ٢ باب الحكم فيمن يموت من المسلمين الأحرار ويخلف وارثا مملوكا ص ١٥٥ س ١٣ قال : فان ترك هذا الحر أبويه وهما مملوكان أو ولدين له كذلك ، أو ما جرى هذا المجرى الى قوله : اشترى وأعتقا.
(٢) الكافي : الباب الخامس ص ٣٧٥ س ١٩ قال : وإذا لم يكن للموروث الا وارث مملوك ابتيع من الإرث وعنت وورث الباقي.

(٣) الإيضاح : ج ٤ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٤ قال : قول ابن الجنيّد : انه يشتري كل قريب الى قوله : والصحيح عندي قول والدي المصنف.

(٤) الإيضاح : ج ٤ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٤ قال : قول ابن الجنيّد : انه يشتري كل قريب الى قوله : والصحيح عندي قول والدي المصنف.

(٥) القواعد : ج ٢ المطلب الثالث في الرق ص ١٦٤ س ١٥ قال : ولا خلاف في فك الأبوين ، والأقرب في الأولاد ذلك وكذا باقي الأقارب.

(٦) الكافي : ج ٧ باب ميراث المماليك ص ١٤٧ قطعة من حديث ٦.

(٧) الكافي : ج ٧ باب ميراث المماليك ص ١٤٧ الحديث ٣.

(٨) سند الحديث كما في الكافي : محمد بن يحيى ، عن احمد بن محمد ، عن الحسن بن علي ، عن ابن

.....

الموقوفين^(١).

(د) اضافة الزوجين ، وهو قول الشيخ في النهاية^(٢) وهو ظاهر ابن زهرة^(٣) والكيدري

(٤).

والحجة فيه : صحيحة سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام إذا مات الرجل وله امرأة مملوكة اشتراها من ماله فأعتقها ثم ورثها^(٥).

وحملها الشيخ على التبرع^(٦) لما تقدم من ان الزوجة إنما ترث مع انفرادها الربع والباقي للإمام ، وإذا كان هو المستحق جاز ان يشتري الزوجة ويعتقها ويعطيها بقية المال تبرعا منه دون ان يكون قد فعل ذلك واجبا.

واعترضه العلامة : بان كون الزوجة لها الربع لا غير لا ينافي ما تضمنته الرواية ، لاحتمال كون قيمتها أقل من الربع ، فتشتري ، وتعطى بقية الربع

بكبر ، عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام.

(١) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٩٠ س ٢ قال : وهذه الطريقة إلخ.

(٢) النهاية : باب الحر المسلم يموت ويترك وارثا مملوكا ص ٦٦٨ س ١٤ قال : وحكم الزوج والزوجة حكم ذوي الأرحام في انه إذا لم يخلف غيرهما اشتريا وأعتقا وورثا.

(٣) الغنية (في الجوامع الفقهية) فصل : قد بينا فيما مضى ان الكافر لا يرث المسلم ص ٦٠٨ س ١٠ قال : وان لم يكن للميت الا وارث مملوك ابتيع من التركة وعتق وورث الباقي.

(٤) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٩ س ٢١ قال بعد نقل قول ابن زهرة : وكذا قال قطب الدين الكيدري.

(٥) التهذيب : ج ٩ (٣٢) باب الحر إذا مات وترك وارثا مملوكا ص ٣٣٧ الحديث ١٨.

(٦) الاستبصار : ج ٤ (١٠٣) باب من خلف وارثا مملوكا ليس له وارث غيره ص ١٧٩ قال بعد نقل حديث سليمان بن خالد المتقدمة : فالوجه في هذا الخبر ان أمير المؤمنين عليه السلام كان يفعل على طريق التطوع إلخ.

وجوبا^(١).

(الفصل الثاني) في الأحكام ، وفيه مسائل :

(الأولى) يجب شراء الوارث مع وفاء التركة بقيمته. ولو قصرت عن ثمنه هل يجب شراؤه ويستسعى في باقي قيمته؟ أو لا ، بل تكون التركة بأجمعها للإمام ، لأصالة عدم وجوب الشراء ، فيقتصر فيه على موضع الإجماع وهو عند وفاء التركة بالقيمة ، فيبقى الباقي على أصله؟ الثاني هو المشهور ، وعليه الشيخان^(٢) ^(٣) وسالار^(٤).

والأول : نقله الشيخ عن بعض أصحابنا^(٥) وكذلك القاضي^(٦) وأبو علي^(٧).

قال العلامة في المختلف : وليس بعيدا عن الصواب لان عتق الجزء يشارك عتق الكل في الأمور المطلوبة شرعا ، فيساويه في الحكم^(٨).

(١) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٩٠ س ٦ قال : والذي ذكره الشيخ محتمل لكن تعليله ليس بجيد إلخ.

(٢) النهاية : باب الحر المسلم يموت ويترك وارثا مملوكا ص ٦٦٨ س ٨ قال : وإذا لم يخلف الميت وارثا حرا وخلف وارثا مملوكا الى قوله : وجب ان يشتري من تركته الى قوله : هذا إذا كان ما خلفه بقيمة المملوك أو أكثر منه فان كانت التركة أقل لم يجب إلخ.

(٣) المقنعة : باب الحر إذا مات وترك وارثا مملوكا ص ١٠٦ س ١١ قال : وان كان ينقص عن قيمة الأب والام لم يجب ابتياعهما وكانت تركته لبيت المال.

(٤) المراسم : كتاب المواريث ص ٢١٩ س ٧ قال : اما إذا قصرت فلا يشتري أحدهما بل يكون الإرث لبيت المال.

(٥) النهاية : باب الحر المسلم يموت ويترك وارثا مملوكا ص ٦٦٨ س ١٦ قال : وقال بعض أصحابنا : انه إذا كانت التركة أقل من ثمن المملوك استسعى في باقيه.

(٦) المهذب : ج ٢ باب الحكم فيمن يموت من المسلمين الأحرار ويخلف وارثا مملوكا ص ١٥٥ س ٨ قال : وذهب بعض أصحابنا إلى انه يشتري من التركة ويعتق ويستسعى في الباقي.

(٧) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٩ س ٢١ قال : وقال ابن الجنيد الى قوله : وان كان

(٨) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٩ س ٢١ قال : وقال ابن الجنيد الى قوله : وان كان

(الثانية) لو تعدد الوارث ووفى نصيب بعضهم بقيمته لقله ثمنه ، أو لكثرة نصيبه ، وقصر نصيب غيره عن ثمنه لكثرة قيمته ، أو لقله نصيبه .
وهذا تفريع على الشق الثاني من المسألة الأولى ، لان على القول بعق بعض الوارث المستلزم للاستسعاء ، اولى منه عتق بعض الورثة إذا نُحِض نصيبه بقيمته من غير احتياج الى الاستسعاء ، لعدم تضرر المالك به .

واما على القول بعدمه فهل يعتق هنا من يفي نصيبه بقيمته؟ فيه احتمالان .
أحدهما : لا ، لأن التركة قاصرة عن الوارث في الجملة ، وقد قلنا بعدم الفك فيه ، ولأنه اما ان يجب فك بعض كل واحد واحد ، أو واحد لا بعينه ، أو بعينه ، فاما من يفي ثمنه بنصيبه ، أو غيره .
فهنا أربعة أقسام :

(أ) فك بعض كل واحد واحد ، وهو باطل ، لان تفريعنا على عدمه .
(ب) فك بعض واحد لا بعينه ، وهو أيضا باطل ، لأنه ليس بموجود في الخارج ، فكيف يناط به وجوب البيع ، ويملك الإرث ، ولتساوي الكل فيه ، فيلزم الترجيح بالا مرجح .

(ج) فك واحد يفي نصيبه بقيمته ، وهو باطل ، لأنه لا نصيب للرق حتى يرجع به على غيره ، لان إضافة النصيب إليه إضافة اختصاص ، وتقديرهما موقوفان على حريته ، فلا يرجح بهما .

(د) فك من لا يفي نصيبه بقيمته ، وهو متروك بالإجماع ، فلا يعتق منهم شيئا .
والثاني : نعم ، لوجود قريب يرث بتقدير الحرية ، وما يرثه يفي بحريته ، فيجب

ما خلفه الميت لا يفي بثمان قريبه المملوك ، فقد قيل : يدفع الى السيد ويستسعى العبد في بقية قيمته الى ان قال : على ان القول الآخر ليس بعيدا عن الصواب ، لان عتق الجزء الى آخره .

.....

شراؤه لعموم النص.

وفرق بينه وبين شراء بعض الوارث ، لحصول الضرر على مالكة بالتشقيص فيه ، ووجوب الصبر بالثمن ليحصل بالاستسعاء ، وهو منتف في صورة النزاع. وهو اختيار العلامة ^(١) وفخر المحققين ^(٢) قال : لا إشكال عندي في هذه المسألة : إذ يجب عتق واحد لوجود المقتضي ، وهو وجود وارث على تقدير الحرية.

(الثالثة) إذا وجب شراء بعض الورثة لوفاء نصيبه بقيمته ، حاز باقي التركة ، ولا شيء للآخر.

(الرابعة) لو وفيت التركة بقيمة الجميع ، وقصر نصيب أحدهم ، وجب شراء الجميع وأعتقوا ، فلم يحصل اختصاص الأكثر بكل نصيبه ، لان الاستحقاق بالفعل انما يحصل بعد العتق ، والإضافة الأولى ، قد قلنا فيما تقدم ، أنها إضافة تقدير واختصاص ، ويصدق هنا ان التركة وافية بقيمة الوارث الصادق على الواحد والكثير ، فيشتري الجميع ، ولا يرجع من زاد نصيبه عن قيمته على من قصر نصيبه عنها ، لأنه لا يملك قبل عتقه شيئاً.

(الخامسة) لو كان الوارث في ملك الميت ، عتق بمجرد الموت ، ولا يتوقف على شراء الحاكم له ولا عتقه.

(السادسة) لو كان هذا الوارث متعدداً ، ونهض نصيب البعض بقيمته ، وبعض لم ينهض ، انعتق من كل واحد بقدر نصيبه ، فيتحرر المستوعب ، ويتحرر من الآخر مقابل النصيب ، ويستسعى في الباقي لمن استوعب.

(١) القواعد : ج ٢ المطلب الثالث في الرق ص ١٦٤ س ٩ قال : ولو تعدد الوارث والرقيق وقصر نصيب كل واحد منهم الى قوله : لم يفك وكان المال للإمام.

(٢) الإيضاح : ج ٤ المطلب الثالث في الرق ص ١٨٤ س ٢١ قال : وانا أقول : لا إشكال عندي في هذه المسألة إلخ.

(السابعة) لو كان على الميت دين وكلّ التركة عبيد وراث ، فان استوعب الدين رق الجميع ، ومع عدمه يعتق الفاضل عن الدين ، فيتصرف في الدين من تخرجه القرعة ، والباقي ان وفي نصيب كل واحد بقيمته عتقوا وان قصر نصيب بعضهم عتق مقابله واستسعى في الباقي . ويحتمل صرف من لا يفي نصيبه بقيمته في الدين ابتداء من غير قرعة .

(الثامنة) هل يفتقر الى العتق بعد الشراء؟ الأقرب ذلك ، لنصوص الأصحاب عليه ^(١) ووروده في كثر من الروايات ^(٢) كرواية ابن طلحة ^(٣) .

(التاسعة) المتولي للشراء والعتق الحاكم ، ومع عدمه يكون من باب الحسبة .

(العاشر) لو امتنع المالك من البيع دفع إليه القيمة ، وكفى ذلك عن الشراء .

(الحادية عشر) لو أوصى بأن يشتري من تركته قريبه الوارث للعتق ، فان كانت قيمته بقدر ثلث التركة نفذت الوصية ، واستحق بعتقه باقي التركة ، وان لم يخرج من الثلث كان للوصي الولاية في قدره ، فان سمح المالك ببيع البعض ، عتق وورث باقي التركة ، وان لم يسمح بالتشقيص توقف جبره على دفع الإمام باقي القيمة ليملك ما زاد على الوصية ، ان لم نوجب فكّ البعض ، وعلى القول بفكّ البعض يجبر البائع على أخذ ما نفذت الوصية فيه ، ويعتق بالدفع ، ويجوز باقي التركة ، ويدفع الى البائع باقي ثمنه من التركة .

(١) النهاية : ص ٦٦٨ س ١٠ قال : وجب ان يشتري من تركته وأعتق . وفي المذهب : ج ٢ ص ١٥٥ س ١٤ قال : اشتريا وأعتقا . وفي القواعد : ج ٢ ص ١٦٤ س ٦ قال : بل اشترى المملوك من التركة وأعتق . والمراسم : ص ٢١٩ س ٣ قال : فإنهما يشتريان ويعتقان .

(٢) التهذيب : ج ٩ (٣٢) باب الحر إذا مات وترك وارثا مملوكا ، الحديث ٤ و ٥ و ٩ و ١٠ الى غير ذلك .

(٣) التهذيب : ج ٩ (٣٢) باب الحر إذا مات وترك وارثا مملوكا ص ٣٣٣ الحديث ٣ .

هذا إذا كان المزاحم متعدد أو حصل العتق قبل القسمة. ولو سبقت القسمة لم يستحق شيئا وان كان أقرب.

ولو لم يسمح البائع في صورة القصور بطلت الوصية وكانت التركة بأجمعها للمزاحم. (الثانية عشر) لو لم تف التركة بقيمة القريب ، ووفت بقيمة البعيد كالأخ مع الابن ، هل يجب شراء الأخ؟ فإن قلنا بوجوب فك البعض لم ينتقل الى البعيد ، بل يعتق القريب كالابن بما قابل التركة ويسعى في الباقي. وان قلنا بعدمه ، فهل يفك الأخ هنا أم لا؟ بل تكون التركة للإمام.

يحتمل الأول لإجرائه مجرى المعدوم ، لان منع الولد للأخ انما يكون مع حرته ، أو إمكاتها ، وهما هنا منتفیان ، اما انتفاء الحرية فظاهر. واما عدم إمكاتها فلأنه انما يكون مع وفاء التركة بقيمته ، ولا يجب فكه مع قصورها ، لان التفرع على ذلك التقدير. ويحتمل الثاني : لأن كونه ولدا يمنع من إرث الأخ ، فلا يصدق انه خلف وارثا هو أخ ، لكون الأخ هنا محجوبا بوجود الولد ، فتكون التركة للإمام.

وهو ضعيف لان من شروط الحجب عدم الرق في الحاجب ، فنزل كالمعدوم. (الثالثة عشر) لا يحكم بالعتق الا عند إعتاق الحاكم ، فكسبه بعد الموت قبل العتق لسيده. ولو كان الكسب حاصلًا بعد قبض البائع الثمن وقبل عتق الحاكم كان للإمام. (الرابعة عشر) يجوز لمالكه بيعه بعد موت قريبه قبل شراء الامام له ، ويجوز له إعتاقه في الكفارة والنذر لتحقيق الرق ، ويجوز التركة حينئذ. ويحتمل عدم اجزائه في الكفارة ، لنقصان الرق بوجوب بيعه على المالك ووجود سبب العتق ، فهو كالمكاتب.

المقدمة الثالثة : في السهام ، وهي ستة : النصف ، والرابع ، والثلثان ،
والثلث ، والسدس . فالنصف : للزوج مع عدم الولد وان نزل . وللبنات ، والأخت للأب
والام ، أو للأب . والرابع : للزوج مع الولد وان نزل ، وللزوجة مع عدمه . والثلثان : للزوجة مع
الولد وان نزل . والثلثان : للبنتين فصاعدا ، ولالأختين فصاعدا للأب والام ، أو للأب .
والثلث : للام مع عدم من يحجبها من الولد وان نزل ، أو الاخوة ، وللاثنتين فصاعدا من
ولد الام . والسدس : لكل واحد من الأبوين مع الولد وان نزل ، وللام مع من يحجبها عن
الزائد ، وللواحد من كلاله الأم ذكرا كان أو أنثى .

(المقدمة الثالثة) في السهام

وهي ستة : النصف ونصفه ، ونصف نصفه . والثلاثون ونصفها ونصف نصفها .

(أ) النصف سهم ثلاثة : البنت ، والأخت للأبوين أو للأب ، والزوج مع عدم الولد .

(ب) الربع سهم اثنين من الورثة : الزوج مع الولد ، والزوجة مع عدمه .

(ج) الثمن سهم الزوجة مع الولد .

(د) الثلثان سهم اثنين : البنتان فصاعدا ، والأختان كذلك للأبوين ، أو للأب .

(هـ) الثلث سهم اثنين : الام مع عدم الحajib من الولد ، أو الاخوة ، وللإثنين من ولد الام فصاعدا .

والنصف يجتمع مع مثله ، ومع الربع ، والثلث ، ومع الثلث والسادس . ولا يجتمع الربع مع الثلث . ويجتمع الربع مع الثلاثين والثلث والسادس . ويجتمع الثلث مع الثلاثين والسادس ، ولا يجتمع مع الثلث ، ولا الثلث مع السادس .

(و) السادس سهم أربعة من الورثة : كل واحد من الأبوين مع الولد ، والام مع حاجب الاخوة والواحد من كلاله الأم .

تنبيهان

(الأول) هؤلاء المذكورون وسهامهم المسماة لهم ، هو الأصل المسمى من الفرائض ، وغير المذكورين فرع عليهم ، فيأخذون سهامهم مع عدمهم ، ولكل نصيب من يتقرب به . فللأعمام نصيب الأب ، وهو الثلثان . وللأخوال سهم الام ، وهو الثلث . ولأولاد الإخوة ما كان يأخذ آبائهم ، فلأولاد إخوة الأم الثلث ، ولأولاد أخت الأب النصف . والأجداد في معنى الاخوة فالجد كالأخ فإن ساواه في النسبة تساويا .

(الثاني) المشهور أنّ ما ذكرناه من التقدير مسمى المذكورين من الورثة مطلقا ، اي سواء كان ذلك الوارث منفردا أو مع غيره من الوارث . وخالف الحسن في ثلاث مواضع : (أ) البنت ولها النصف ، ولما زاد الثلثان بالتسمية ، ومع الانفراد يرثن الباقي بالرد . وعند الحسن والفضل بن شاذان مع الانفراد للواحدة مجموع المال مسمى ، وانما التقدير مع الأب (١) (٢) .

(١) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٠ س ٢١ قال : وقد لوح ابن عقيل بما يوافق كلام الفضل فقال : وإذا حضر واحد منهم ، يعني من الأولاد فله المال كله بلا سهام مسمى ذكر كان أو أنثى ، فإذا ترك بنتا فالمال كله لها بلا سهام مسماة .

(٢) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٠ س ٢٠ قال : تذييلان : الأول : كلام الفضل في أنّ للبنت النصف وللبنتين الثلثان مع الأب خاصة إلخ .

(ب) الام ولها الثلث مطلقا ومع الانفراد يرث الباقي بالردّ ، وقال الحسن : انما لها السدس والثلث مع الأولاد والأب ومع الانفراد مسماها مجموع المال ^(١) .

(ج) الأخت والأختان للأب مع الانفراد لهن الفاضل عما سميناه بالردّ ، وعند الحسن مع الانفراد للواحدة جملة المال مسمّى وكذا لما زاد ، وانما لهن المسمى مع الاجتماع مع الأجداد ^(٢) .

تتمة

هذه الفروض بعضها يصح اجتماعها مع بعض ، وبعضها يمتنع فيه ذلك ، ونحن نبين ذلك مفصلا.

فنقول : هنا سلسلتان.

(الاولى) سلسلة النصف ، وهي ثلاثة : أعني قولنا : (النصف ، ونصفه ، ونصف نصفه) فاذا ضربتها في نفسها بلغت تسعة. لكن ثلاثة منها متكررة لا فائدة فيها ، وتبقى ستة غير متكررة.

لأنك تجمع النصف مع النصف ومع الربع ومع الثمن ، فهذه ثلاثة ثم تأخذ الربع فتجمعه مع النصف ، وهو متكرر ، ومع الربع ومع الثمن ، ثم تأخذ الثمن فتجمعه مع النصف ومع الربع وهما متكرران ، ومع الثمن وهو غير متكرر ، فتكون ستة.

(١) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٠ س ٢٤ قال : (اي ابن ابي عقيل) وانما سمي الله عز وجل للام السدس والثلث مع الولد والأب إذا اجتمعوا ، فاذا لم يكن ولا أب فليست بذئ سهم. وكذا قال : انما سمي الله للأخت من الأبوين أو من الأب أو من الأم إذا اجتمعوا الى قوله : فاذا انفردت من الأخت أي جهة كانت ، فالمال كله لها بلا سهام.

(٢) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٠ س ٢٤ قال : (اي ابن ابي عقيل) وانما سمي الله عز وجل للام السدس والثلث مع الولد والأب إذا اجتمعوا ، فاذا لم يكن ولا أب فليست بذئ سهم. وكذا قال : انما سمي الله للأخت من الأبوين أو من الأب أو من الأم إذا اجتمعوا الى قوله : فاذا انفردت من الأخت أي جهة كانت ، فالمال كله لها بلا سهام.

- وهذه الستة : منها ما يصح اجتماعه ، ومنها ما لا تجمع ، فالصحيح منها ثلاثة :
- (أ) النصف يجتمع مع مثله في صورة واحدة : زوج وأخت لأب.
- (ب) الربع يجتمع مع النصف في صورتين : زوج وبنت زوجة وأخت.
- (ج) الثمن يجتمع مع النصف في صورة واحدة. زوجة وبنت.
- يبقى الساقط ثلاثة.
- الربع مع مثله ، ومع الثمن. والثلث مع الثمن.
- (الثانية) سلسلة الثلاثين : وهي ثلاثة ، أعني قولنا : (الثلاثان ونصفهما ونصف نصفهما).
- والضروب غير المتكررة منها أيضا ستة ، والمتكررة ثلاثة.
- فغير المتكررة : الثلاثان مع مثلها ، ومع الثلث والسادس.
- الثلث مع مثله ، ومع السادس.
- السادس مع مثله.
- والمتكررة ثلاثة : لأنك تجمع الثلث مع الثلاثين ، وهو متكرر. ثم تجمع السادس مع الثلاثين ومع الثلث ، وهما متكرران ، فيسقطان ، ويبقى غير المتكرر ستة :
- (أ) الثلاثان مع مثلها ، ولا يمكن اجتماعهما لاستحالة العول.
- (ب) الثلاثان مع الثلث ، يجتمع في صورة واحدة ، اختان لأب مع اثنتين من ولد الام.
- (ج) الثلاثان والسادس ، يجتمع في صورتين ، بنتان فصاعدا مع أحد الأبوين.
- اختان لأب فصاعدا مع واحد من ولد الام.
- (د) الثلث مع مثله ، ولا يمكن اجتماعه لأنه اما سهم الام مع عدم الولد ، أو سهم الاثنين من كالاتها ولا يجتمعان في التوريث.
- (هـ) الثلث مع السادس ، ولا يجتمع بحسب القسمة ، لأنه سهم الام مع عدم

الولد وسهم الاثنين من كلالتها ، والسدس سهمها مع الولد ، وسهم الواحد منها ، وهي تحجب الاخوة ، فلا يمكن الاجتماع.

ويجتمع ذلك بحسب الاتفاق : كما لو ماتت امرأة وتركّت أبوين وزوجا ، فللزوجة النصف وللأم الثلث وللأب الباقي وهو السدس ، فيأخذ بالقربة لا بالتسمية ، إذ لا مسمى له الا مع الولد ، فقد اجتمع السدس والثلث لكن لا بالتسمية بل بالرد.

(و) السدس مع مثله ، ويجمع في صورة الأبوين مع الولد.

وهذه الستة ، منها ثلاثة ساقطة بحسب التسمية : وهي الثلثان مع مثلها ، والثلث مع مثله ، ومع السدس ، ويبقى ثلاثة مثل سلسلة النصف.

فالحاصل من السلسلتين ثمانية عشر ضربا ، يسقط منها ستة متكررة تبقى اثني عشر ضربا ، ستة منها لا يجمع تبقى ستة ، وإذا قابلت إحدى السلسلتين بالأخرى ، اعني سلسلة النصف مع سلسلة الثلاثين ، ضربت ثلاثة في ثلاثة تبلغ تسعة فيجتمع النصف مع الثلاثين والثلث والسدس ، ثمّ الثمن مع الثلاثين والثلث والسدس ثمّ الربع مع الثلاثين والثلث والسدس.

فهذه تسعة حاصلة من ضرب إحدى السلسلتين في الأخرى. فهذا الضرب مركب ، والضربان الأولان بسيطان.

ثمّ هذه الضروب التسعة منها ما يصح اجتماعه ، ومنها ما يمتنع ، فلنذكر الجميع على التفصيل.

(أ) النصف مع الثلاثين : ولا يجتمعان ، لبطلان العول.

(ب) النصف مع الثلث : يجتمع في صورتين. زوج واثنان من ولد الأم. أخت للأبوين أو للأب مع اثنين من ولد الأم.

(ج) النصف مع السدس : يجتمعان في ثلاث صور. بنت مع أحد الأبوين.

أخت لأب مع واحد من ولد الام. زوج مع واحد من كلاله الأم.
(د) الربع مع الثلاثين : ويجتمع في صورتين. زوج وبنيتين. زوجة وأختين للأبوين ، أو للأب.

(هـ) الربع مع الثلث : ويجتمع في صورتين. زوجة وأم. زوجة واثنين من ولد الام.
(و) الربع مع السدس : ويجتمع في صورتين. زوج مع أحد الأبوين وولد زوجة مع واحد من ولد الام.

(ز) الثمن مع الثلاثين : ويجتمع في صورة واحدة. زوجة وبنيتين.
(ح) الثمن مع الثلث. ولا يجتمعان ، لان الثمن سهم الزوجة مع الولد ، والثلث إما سهم الام مع عدمه ، أو سهم الاثنين من كلالتها ، وعلى تقدير استحقاق أحدهما لما فرض ، يمتنع استحقاق الزوجة للثمن.

(ط) الثمن مع السدس : ويجتمع في صورة واحدة. زوجة واحد الأبوين مع ولد.
فالحاصل : ان هنا سلسلتين : سلسلة النصف وافرادها ثلاثة ، فإذا ضربتها في نفسها بلغت تسعة ، ثلاثة منها متكررة ، وستة غير متكررة ، وغير المتكررة منها ، ما يصح اجتماعه ، وهو ثلاثة ، ومنها ما يمتنع ، وهو ثلاثة الباقية.

(وسلسلة الثلاثين وافرادها أيضا ثلاثة ، فإذا ضربت في ثلاثة بلغت تسعة ، ثلاثة منها متكررة ، وستة غير متكررة. ويصح الاجتماع في غير المتكررة في ثلاثة ، فيعود قيود البحث منها في ستة. وكذا إذا ضربت احدى السلسلتين في الأخرى يبلغ تسعة ، لا يصح الاجتماع في اثنين منها ، ويبقى الاجتماع والبحث في سبعة منها ، فتعود الثمانية عشر إلى سبعة وستة متكررة وخمسة غير مجتمعة. وسلسلة الثلاثين فاذا ضربت ما صح من احاد أحدهما فيما صح من الأخرى ، تبلغ تسعة ، لا يصح

مسألثان

(الأولى) التعصيب باطل. وفاضل التركة يرد على ذوي السهام عدا الزوج والزوجة ،
والام مع وجود من يحجبها على تفصيل يأتي.

الاجتماع في اثنين منها ، ويبقى الاجتماع والبحث في سبعة منها^(١).

تذنيبان

(الأول) التعصيب عبارة عن توريث العصبات ما فضل عن سهام الفريضة.
والمراد بالعصبات اخوة الميت وأولادهم ، والأعمام وأولادهم ، ومولى النعمة.
وهذا باطل عند أهل البيت عليهم السلام^(٢) ، بل فاضل السهام عندهم ترد على
ذوي الفروض بنسبة مستحقيهم إلا في ثلاث صور :
(أ) الزوج والزوجة.

(ب) حصول حاجب لأحدهم ، فيمنع من الرد ويختص بغيره من أرباب الفريضة
كالأم مع حاجب الاخوة.

(١) بين القوسين فذلكلة البحث ، وهي في بعض النسخ المخطوطة موجودة والنسخ الأخرى خالية منها فتذكر.
(٢) لاحظ التهذيب : ج ٩ ص ٢٥٩ س ١٧ قال : فاما القول بالعصبة فإنه من مذاهب من خالفنا. وهو انهم
يقولون : إذا استكمل أهل السهام سهامهم في الميراث فما يبقى يكون لأولى عصبة ذكر ، ولا يعطون الأنثى وان
كانت أقرب منه في النسب ، شيئا ، مثال ذلك : انه إذا مات رجل وخلف بنتا أو ابنتين وعما وابن عم فإنهم
يعطون البنت أو البنتين سهمهما ، اما النصف إذا كانت واحدة والثلاثين إذا كانت اثنتين فما زاد عليهما ،
والباقي يعطون العم وابن العم ، ولا يردون على البنات شيئا ، واما أشبه هذا من المسائل التي يذكرونها ، ثم نقل
دلائلهم في ذلك ، وردها مفصلا فبعد ذلك نقل في ص ٢٦٧ الحديث ١٥ عن حسين البزار قال : أمرت من
يسأل أبا عبد الله عليه السلام : المال لمن هو للأقرب أم للعصبة؟ قال : المال للأقرب ، والعصبة في فيه التراب.

(الثانية) لا عول في الفرائض ، لاستحالة أن يفرض الله سبحانه في مال ما لا يفي ، بل يدخل النقص على البنت أو البنيتين ، أو على الأب ، أو من يتقرب به ، وسيأتي بيانه ان شاء الله تعالى

وأما المقاصد فتلاثة

(الأول) : في الأنساب ، ومراتبهم ثلاث :

(ج) انفراد احد أرياب السهام بزيادة في الوصلة ، فيختص بالرد ويمنع ذو الوصلة القليلة ، كأخت للأبوين مع واحد من ولد الام ، فله السدس ، والثالث الفاضل يرد على أخت الأبوين.

والأصل في منع التعصيب : قوله تعالى ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾^(١).

والعامة يورثون العصبات الزائد ، فيلزم على قولهم : إعطاء الأخ أكثر من الابن للصلب ، كما لو مات إنسان وترك ابنا وثمانية وعشرين بنتا ، فإن الابن هنا يأخذ سهمين من ثلاثين. ولو ترك عوضه أخا كان للبنات الثلثان ، عشرون ، ولالأخ الثلث ، عشرة من الثلاثين.

والتزموا بهذا المحذور ، ويطله قوله تعالى ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ فكيف يمكن ان يحوز الأخ من الإرث مع وجود البنت للميت ما لا يحوزه الابن مع وجودها.

(الثاني) العول عبارة عن قصور التركة عن سهام ذوي الفروض ، ولن تقصر الا بدخول الزوج أو الزوجة ، فيزداد ما دخل به النقص على سهام الفريضة ، كما لو ماتت امرأة وترك أبوين وبنتا مع زوج ، فللبنت النصف ولأبوين الثلث

(١) الأنفال : ٧٥.

(الاولى) الإباء والأولاد. فالأب يرث المال إذا انفرد ، والام الثلث والباقي بالرد. ولو اجتمعا فللأم الثلث وللأب الباقي. ولو كان له اخوة كان لها السدس. ولو شاركهما زوج أو زوجة ، فللزوجة النصف وللزوجة الربع ، وللام ثلث الأصل إذا لم يكن حاجب ، والباقي للأب. ولو كان لها حاجب كان لها السدس. ولو انفرد الابن فالمال له ، ولو كانوا أكثر اشتركوا بالسوية. ولو كانوا ذكرا وإناثا فللذكر سهمان ، وللأنثى سهم. ولو اجتمع معهما الأبوان فلهما السدسان ، والباقي للأولاد ذكرا كانوا أو إناثا ، أو ذكرا وإناثا.

ولو كانت بنت فلها النصف ، وللأبوين السدسان ، والباقي يرد أخماسا. ولو كان من يحجب الام رد على الأب والبنت أرباعا. ولو كانت بنتان فصاعدا فللأبوين السدسان ، وللبنتين أو البنات الثلثان بالسوية. ولو كان معهما أو معهن أحد الأبوين كان له السدس ، ولهما أو لهن الثلثان والباقي يرد أخماسا. ولو كان مع البنت والأبوين زوج أو زوجة كان للزوج الربع ، وللزوجة الثمن ، وللأبوين السدسان ، والباقي للبنت. وحيث يفضل عن النصف يرد الزائد عليها وعلى الأبوين أخماسا. ولو كان من يحجب الام رددناه على البنت والأب أرباعا.

وللزوجة الربع ، فدخل النقص بنصف سدس ، وهو سهم من اثني عشر ، فيرفع على الفريضة ، وهي اثنا عشر ، فتقسم من ثلاثة عشر.

وهذا أيضا باطل عند الإمامية ، لاستحالة أن يفرض الله سبحانه في مال لا يفي به ، بل يكون النقص داخلا على الأب ومن يتقرب به والبنت أو البنات ، ويأخذ باقي ذوي الفريضة سهامهم على التمام.

ويلحق مسائل

(الأولى) الأولاد يقومون مقام آبائهم عند عدمهم ، ويأخذ كل فريق نصيب من يتقرب به ، ويقسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين ، أولاد ابن كانوا أو أولاد البنت على الأشبه. ويمنع الأقرب الأبعد. ويرد على ولد البنت كما يرد على امه ذكرا كان ^(١) أو أنثى. ويشاركون الأبوين كما يشاركهما الأولاد للصلب على الأصح.

قال طاب ثراه : وأولاد الأولاد يقومون مقام آبائهم عند عدمهم ، ويأخذ كل فريق نصيب من يتقرب به ويقتسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين ، أولاد ابن كانوا أو أولاد بنت على الأشبه.

أقول : البحث هنا يقع في مقامين ، الأول : ولد الولد هل يأخذ نصيب أبيه ، أو يكون كابن الميت الصلبة؟ المشهور الأول : وهو مذهب الشيخ ^(١) والصدوق في كتابيه ^(٢) ^(٣) والتقي ^(٤) والقاضي ^(٥) وابن

(١) النهاية : باب ميراث الولد وولد الولد ص ٦٣٤ س ٤ قال : وولد الولد يقوم مقام الولد الى قوله : وكل واحد منهم يقوم مقام من يتقرب به.

(٢) من لا يحضره الفقيه : ج ٤ (١٤٠) باب ميراث ولد الولد ص ١٩٦ س ٥ قال في حديث ١. بنات الابنة يقمن مقام البنات وبنات الابن يقمن مقام الابن إذا لم يكن للميت ولد إلخ.

(٣) الهداية : (١٤١) باب الموارث ص ٨٣ س ٢١ قال : وولد الولد يقوم مقام الولد. وفي المختلف : ج ٢ ص ١٧٧ س ٣٣ قال : وبه قال الصدوق فيمن لا يحضره الفقيه والمقتنع.

(٤) الكافي : الإرث الباب الرابع ص ٣٦٨ س ١٧ قال : ويقوم ولد الولد وان هبطوا مقام آبائهم وأمهاتهم الأذنين إلخ.

(٥) المهذب : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٣٢ س ٨ قال : وولد الولد يقوم مقام الولد إذا لم يكن ولد الصلب.

.....

حمزة^(١) والمصنف^(٢) والعلامة^(٣) ونقله عن الحسن^(٤).

والثاني : مذهب السيد^(٥) واختاره ابن إدريس^(٦) فيأخذ ابن البنت الثلث ، وبنت الابن الثلثان على الأول واحدا كان الولد أو أكثر. وعلى الثاني يكون كابن الميت لصلبه ، فلو خلف ابني بنت وبنت ابن كان لها الخمس ، ولولدي البنت أربعة أخماس. احتج الأولون بصحاح الاخبار.

منها : صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال : بنات البنت يقمن مقام البنت ، إذا لم يكن للميت بنات ولا وارث غيرهن^(٧). ومثلها صحيحة سعد بن أبي خلف عن العالم عليه السلام^(٨).

(١) الوسيلة : فصل في بيان ميراث الأولاد ص ٣٨٧ س ١ قال : وان كان مكان الولد للصلب ولد الولد قام مقامه وقاسم من قاسمه.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٠ س ٢ قال : والمعتمد المذهب المشهور.

(٤) لا يخفى ان قول ابن ابي عقيل خلاف المذهب المشهور ، فإنه اختار ما اختاره السيد وابن إدريس ، لاحظ السرائر : ص ٣٩٧ س ١ قال : والى ما اختاره السيد واختزنه يذهب الحسين بن أبي عقيل النعماني رحمه الله إلخ.

(٥ و ٦) السرائر : كتاب المواريث والفرائض ، فصل واما ترتيب الوراث ص ٣٩٤ س ٢٠ قال : وذهب آخرون من أصحابنا إلى خلاف ذلك وقالوا : ان ابن البنت ولد ذكر حقيقة ، فيعطيه نصيب الولد الذكر دون نصيب امه ، وبنت الابن بنت حقيقة يعطيها نصيب البنت دون نصيب الابن الذي هو أبوها واختاره السيد المرتضى واستدل على صحة ذلك بما لا يمكن المصنف دفعه من الأدلة القاهرة اللائحة والبراهين الواضحة ، ثم نقل استدلال السيد مفصلا بما لا مزيد عليه فراجع.

(٧) التهذيب : ج ٩ (٢٨) باب ميراث من علا من الآباء وهبط من الأولاد ص ٣١٦ الحديث ٥٧.

(٨) التهذيب : ج ٩ (٢٨) باب ميراث من علا من الآباء وهبط من الأولاد ص ٣١٦ الحديث ٥٨.

الثاني : ان ولد البنت هل يقتسمون المال بالسوية ، أو للذكر ضعف الأنثى؟ الأول
حكاه الشيخ في النهاية عن بعض الأصحاب ^(١) وهو اختيار القاضي ^(٢).
والثاني هو المشهور بين الأصحاب : وبه قال الشيخ في النهاية ^(٣) لعموم القران ^(٤).
الثالث : ان ولد الولد هل يشارك الأبوين كأولاد الصلب؟ المشهور نعم ، وبه قال
الشيخان ^(٥) ^(٦) وسالار ^(٧) والتقوي ^(٨) والقاضي ^(٩) والحسن ^(١٠).

- (١) النهاية : باب ميراث الولد وولد الولد ص ٦٣٤ س ٨ قال : ولأولاد البنت الثلث. الذكر والأنثى فيه سواء
عند بعض أصحابنا وعندني ان المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.
- (٢) المهذب : ج ٢ باب ميراث الولد وولد الولد ص ١٣٣ س ١ قال : ولأولاد البنت الثلث الذكر والأنثى فيه
سواء.
- (٣) النهاية : باب ميراث الولد وولد الولد ص ٦٣٤ س ٨ قال : ولأولاد البنت الثلث. الذكر والأنثى فيه سواء
عند بعض أصحابنا وعندني ان المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.
- (٤) قال تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ النساء : ١١.
- (٥) النهاية : باب ميراث الوالدين ومن يدخل عليهما ص ٦٣٠ س ١٩ قال : وولد الولد مع الأبوين يقوم مقام
الولد إلخ.
- (٦) المقنعة : باب ميراث من علا من الآباء وهبط من الأولاد ص ١٠٤ س ٢٩ قال : ولا يحجب الأبوان أولاد
الولد وان هبطوا.
- (٧) المراسم : ذكر ترتيب ذوي الأنساب ص ٢٢٨ س ١٣ قال : وان ولد الولد وان سفل يقوم مع الأبوين مقام
الولد إذا فقد الولد.
- (٨) الكافي : الباب الرابع : رتب التوريث ص ٣٦٨ س ١٧ قال : ويقوم ولد الولد الى قوله : ومشاركته للآباء
في الإرث إلخ.
- (٩) المهذب : ج ٢ باب ميراث الوالدين ص ١٢٩ س ١٥ قال : فولد الابن ذكرا كان أو أنثى يأخذ مع الأبوين
نصيب أبيه.
- (١٠) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٣٣ قال : ومذهب ابن ابي عقيل كمذهب الشيخين أيضا.

وشرط الصدوق في توريث ولد الولد عدم الأبوين ذكره في كتابيه ^(١) ^(٢).
احتج الأولون بصحيفة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال :
بنات البنت يرثن إذا لم يكن بنات كنّ مكان البنات ^(٣).
ومثلها روى إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال : ابن الابن يقوم مقام
أبيه ^(٤).

احتج الصدوق بصحيفتي سعد بن أبي خلف وعبد الرحمن بن الحجاج في قوله : ان
ابن الابن يقوم مقام الابن إذا لم يكن للميت ولد ولا وارث غيره ، فقوله : ولا وارث غيرهن
، هو الوالدان ^(٥).

قال الشيخ : الاستدلال بهذا غلط ، لان قوله : (ولا وارث له غيره) المراد بذلك : إذا
لم يكن للميت الابن الذي يتقرب ابن الابن به ، أو البنت التي تتقرب بنت بها ، ولا وارث
له غيره من الأولاد للصلب ^(٦).

(١) من لا يحضره الفقيه : ج ٤ (١٤١) باب ميراث الأبوين مع ولد الولد قال : وإذا ترك الرجل أبوين وابن ابن
، أو بنت بنت فالأبوين للأب والثلث وللأب الثلثان لان ولد الولد انما يقومون مقام الولد إذا لم يكن هناك
ولد ولا وارث غيره ، والوارث هو الأب والام.

(٢) المقنع : باب الموارث ص ١٦٩ س ١٥ قال : فان ترك ابن ابن وأبوين فلأب الثلث وللأب الثلثان وسقط
ابن الابن وفي الهداية : باب الموارث ص ٨٣ س ٢١ قال : ولا يرث ولد الولد مع الولد ولا مع الأبوين.

(٣) التهذيب : ج ٩ (٢٨) باب ميراث من علا من الإباء وهبط من الأولاد ص ٣١٧ الحديث ٥٩.

(٤) التهذيب : ج ٩ (٢٨) باب ميراث من علا من الإباء وهبط من الأولاد ص ٣١٧ الحديث ٦٠.

(٥) من لا يحضره الفقيه : ج ٤ (١٤٠) باب ميراث ولد الولد ص ١٩٦ نقلا بالمضمون وفي التهذيب : ج ٩
ص ٣١٧ الحديث ٦١.

(٦) التهذيب : ج ٩ ص ٣١٧ قال بعد نقل حديث ٦١ ما لفظه : قال محمد بن الحسن : فاما ما ذكره بعض
أصحابنا : من ان ولد الولد لا يرث مع الأبوين واحتجاه في ذلك بخبر سعد بن أبي خلف وعبد الرحمن بن
الحجاج في قوله : (ان ابن الابن يقوم مقام الابن إذا لم يكن للميت ولد ولا وارث غيره) قال : ولا وارث غيره هما
الوالدان لا غير ، فغلط إلخ.

(الثانية) يحجب الولد الأكبر بثياب بدن الميت وخاتمه وسيفه ومصحفه إذا خلف الميت غير ذلك. ولو كان الأكبر بنتا ، أخذته الأكبر من الذكور ، ويقضي عنه ما ترك من صيام أو صلاة. وشرط بعض الأصحاب ألا يكون سفيها ولا فاسد الرأي.

لما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال : ابن الابن إذا لم يكن من صلب الرجل احد قام مقام الابن ، وبنت البنت إذا لم يكن من صلب الرجل احد قامت مقام البنت ^(١).

قال طاب ثراه : وشرط بعض الأصحاب ان لا يكون سفيها ولا فاسد الرأي.
أقول : هنا مسائل.

(أ) تخصيص الولد الأكبر بالأموال المذكورة ، وهو إجماع الإمامية ، خلافا للعامة فإنهم لا يرون ذلك.

ولعل وجهه : كونه القائم مقام أبيه والساد مسده ، فهو أحق بهذه الأمور من النسوان والأصاغر للمزية والجاه.

(ب) فيما يقع به التخصيص. والمشهور أربعة : ثياب البدن ، والخاتم ، والسيف ، والمصحف.

والذي في صحيحة ربعي بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا مات الرجل فلا أكبر ولده سيفه ومصحفه وخاتمه ودرعه ^(٢).

ومثلها حسنة حريز عن أبي عبد الله عليه السلام ^(٣).

(١) التهذيب : ج ٩ (٢٨) باب ميراث من علا من الإباء وهبط من الأولاد ص ٣١٧ الحديث ٦٢.

(٢) التهذيب : ج ٩ (٢٤) باب ميراث الأولاد ص ٢٧٥ الحديث ٦.

(٣) التهذيب : ج ٩ (٢٤) باب ميراث الأولاد ص ٢٧٥ الحديث ٤.

.....

فلم يذكر فيها من الثياب الا الدرع.

وروى أيضا ربعي بن عبد الله عن الصادق عليه السلام قال : إذا مات الرجل فسيفه وخاتمه ومصحفه وكتبه ورحله وراحلته وكسوته لأكبر ولده ، فان كان الأكبر بنتا فلأكبر من الذكور ^(١).

وعن شعيب العرقوفي عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الرجل يموت ما له من متاع بيته؟ قال : السيف ، وقال : الميت إذا مات فان لابنه السيف والرجل والثياب ، ثياب جلده ^(٢).

وروى الفضيل بن يسار عن أحدهما عليهما السلام : إذا ترك سيفا أو سلاحا ، فهو لابنه ^(٣).

ولم يذكر المفيد في كتاب الاعلام ثياب البدن ، واقتصر على الثلاثة الباقية ^(٤).

(ج) هل هذا التخصيص على سبيل الوجوب لازم للورثة ، أو على الندب لهم الخيار في تنفيذه؟ ابن إدريس على الأول ^(٥) وهو مذهب العلامة في القواعد ^(٦)

(١) التهذيب : ج ٩ (٢٤) باب ميراث الأولاد ص ٢٧٥ الحديث ٧.

(٢) التهذيب : ج ٩ (٢٤) باب ميراث الأولاد ص ٢٧٦ الحديث ٩.

(٣) التهذيب : ج ٩ (٢٤) باب ميراث الأولاد ص ٢٧٦ الحديث ٨.

(٤) الاعلام : في ضمن عدة رسائل ص ٣٣٥ باب ميراث الولد س ٩ قال : واتفقت الإمامية على ان الولد الذكر الأكبر إلى قوله : بسيف أبيه وخاتمه ومصحفه.

(٥) السرائر : في الولد إذا انفرد من الأبوين ص ٤٠١ س ٢٢ قال : ويخص الولد الأكبر من الذكور بسيف أبيه ومصحفه وخاتمه ، وثياب جلدة إلى قوله : فان كان له جماعة من هذه الأجناس خص بالذي كان يعتاد لبسه ويدمه الى قوله : والأول من الأقوال (أي الوجوب) هو الظاهر.

(٦) القواعد : ج ٢ في ميراث الأبوين والأولاد ص ١٧١ س ٥ قال : تنمة يحى الولد الأكبر من تركة أبيه ثياب بدنه وخاتمه وسيفه ومصحفه وعليه قضاء ما فات من الأب إلى قوله : فلو لم يخلف سواه لم يخص

والتحرير^(١).

والمرتضى وأبو علي على الثاني^(٢) ^(٣).

وهو ظاهر التقى^(٤) واختاره العلامة في المختلف^(٥).

وكلام الشيخين^(٦) ^(٧) والقاضي^(٨) وابن حمزة^(٩) محتمل. وكذا الأحاديث.

(د) هل التخصيص محابا أو بالقيمة؟ على الأول نص ابن إدريس^(١٠) وهو ظاهر

الشيخين^(١١) ^(١٢).

(١) التحرير : ج ٢ في ميراث الأبوين والأولاد ص ١٦٤ س ٩ قال : وتخصيصه بها واجب لا مستحب.

(٢) الانتصار : المسائل المشتركة في الإرث ص ٢٩٩ س ١٣ قال : (مسألة) ومما انفردت به الإمامية إلى قوله :
وان احتسب بقيمته عليه إلخ.

(٣) المختلف : ج ٢ في بيان حكم الحبوة ص ١٨١ س ١٢ قال : نص السيد المرتضى وابن الجنيد على
الاستحباب إلخ.

(٤) الكافي : الإرث الباب الخامس ، ص ٣٧١ س ١٥ قال : ومن السنة ان يحجى الولد الأكبر إلخ.

(٥) المختلف : ج ٢ في حكم الحبوة ص ١٨١ س ١٣ قال : والأقوى الاستحباب ، للأصل.

(٦) النهاية : باب ميراث الولد وولد الولد ص ٦٣٣ س ١٤ قال : وإذا خلف الميت ولدين الى قوله : أعطي
الأكبر منهما ثياب بدنه إلخ.

(٧) الاعلام : في ضمن عدة رسائل ، باب ميراث الولد ، ص ٣٣٥ س ٩ قال : واتفقت الإمامية على ان الولد
الذكر الأكبر إلى قوله : بسيف أبيه إلخ.

(٨) المهذب : ج ٢ باب ميراث الولد وولد الولد ص ١٣٢ س ٣ قال : دفع الى الولد الأكبر منهما ثياب بدنه
وخاتمه الذي كان يلبسه إلخ.

(٩) الوسيلة : فصل في بيان ميراث الأولاد ص ٣٨٧ س ٨ قال : ويأخذ الابن الكبير ثياب بدن الوالد وخاتمه
الذي يلبسه إلخ.

(١٠) السرائر : في الولد إذا انفرد من الأبوين ص ٤٠١ س ٢٢ قال : ويخص الولد الأكبر من الذكور الى قوله :
من غير احتساب به عليه.

(١١) النهاية : باب ميراث الولد وولد الولد ص ٦٣٣ س ١٥ قال : اعطى الولد الأكبر منهما إلخ.

(١٢) الاعلام : في ضمن عدة رسائل ، باب ميراث الولد ص ٣٣٥ س ٩ قال : الولد الأكبر يفضل في الميراث.

وعلى الثاني نص المرتضى ^(١) وأبو علي ^(٢).
احتج ابن إدريس بإطلاق الحبوة من غير تقييد بالقيمة ، فلو كانت واجبة لزم تأخير
البيان عن وقت الحاجة.

واحتج السيد بقوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ ^(٣)
وهذا الظاهر يقتضي مشاركة الأنثى للذكر في جميع ما يخلفه الميت من مصحف وغيره. وكذا
ظاهر آيات ميراث الأبوين ^(٤) والزوجين ^(٥) ، فاذا خصص بشيء من ذلك من غير احتساب
عليه بقيمة يكون قد تركنا هذه الظواهر بأخبار تضمن التخصيص ^(٦) من غير تصريح
بالاحتساب وعدمه ، فاذا خصصناه بقيمتها اتباعا لهذه الاخبار ، وعملا بما أجمعت الطائفة
عليه من التخصيص ، سلمت ظواهر الكتاب ^(٧).

وقال العلامة في المختلف : وكلام السيد لا بأس به ، ويؤيده الروايات المتضمنة
لتخصيصه بالسلاح والرحل والراحلة ، فلو لا الاحتساب لزم الإجحاف ^(٨).

(هـ) لو تعددت هذه الأجناس قال ابن إدريس : يختص بالذي يعتاد لبسه ويديه ^(٩)
قال الشهيد : وهو حسن فيما جاء بلفظ الوحدة ، أما الثياب فالأقرب

(١) الانتصار : المسائل المشتركة في الإرث ص ٢٩٩ س ١٧ قال : وان احتسب بقيمته عليه.

(٢) المختلف : ج ٢ في بيان حكم الحبوة ص ١٨١ س ١٤ قال : وقال السيد المرتضى وابن الجنيد بالقيمة.

(٣) النساء : ١١ .

(٤) النساء : ١١ .

(٥) النساء : ١٢ .

(٦) لاحظ التهذيب : ج ٩ (٢٤) باب ميراث الأولاد ص ٢٧٥ الأحاديث ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ .

(٧) لاحظ استدلاله في الانتصار : ص ٢٩٩ س ١٨ قال : وانما قوينا ما بينا لأن الله تعالى يقول : ﴿يُوصِيكُمُ
اللَّهُ﴾ الى آخره.

(٨) المختلف : ج ٢ في بيان حكم الحبوة ص ١٨١ س ٢١ قال : وكلام السيد رحمه الله لا بأس به إلخ.

(٩) السرائر : في الولد إذا انفرد ص ٤٠١ س ٢٤ قال : فان كان له جماعة من هذه الأجناس خص بالذي كان
يعتاد لبسه.

العموم حتى العمامة ^(١) وكلام أبي الصلاح يقتضي تخصيص ثياب الصلاة ^(٢).

(و) على هذا الولد ان يقضي ما تركه الوالد من الصلاة والصيام ، ولا يشترط التخصيص بالقضاء في ظاهر الشيخين ^(٣) ^(٤) وقال ابن حمزة : يأخذ الابن الكبير ثياب بدن الوالد وخاتمه الذي يلبسه وسيفه ومصحفه بخمسة شروط : ثبات العقل ، وسداد الرأي ، وفقد آخر في سنّه ، وحصول تركة سوى ما ذكرناه ، وقيامه بقضاء ما فاته من الصلاة والصيام ^(٥) قال العلامة : وفيه إشكال ، فإن ثبت ، فالأقوى دفعه اليه مجانا ^(٦).

(ز) لو تعدد الأكبر قال في المبسوط : يقسم ^(٧) وهو حسن لقسمة القضاء عليهما ، خلافا لابن حمزة حيث شرط فقد آخر في سنّه ^(٨).

(ح) هل يشترط بلوغه؟ ظاهر ابن إدريس اشتراطه ^(٩) وكذا يقول في العقل فلا يجبي المجنون والصبي ، وهو لازم لابن حمزة.

(ط) شرط ابن إدريس ان لا يكون فاسد الرأي ولا سفيها ^(١٠) واختاره

-
- (١) الدروس : كتاب الميراث ص ٢٦٠ س ١٧ قال : وهو حسن فيما جاء بلفظ الوحدة إلخ.
- (٢) الكافي : الإرث ، الباب الخامس ص ٣٧١ س ١٦ قال : وثياب مصلاه.
- (٣) النهاية : باب ميراث الولد وولد الولد ص ٦٣٣ س ١٥ قال : اعطى الأكبر منهما ثياب بدنه إلخ.
- (٤) المقنعة : باب ميراث الوالدين ص ١٠٣ س ٣٦ قال : حيي الأكبر من تركته إلخ.
- (٥) الوسيلة : في بيان ميراث الأولاد ص ٣٨٧ س ٨ قال : ويأخذ الابن الكبير الى قوله : وقيامه بقضاء ما فاته من صلاة وصيام.
- (٦) المختلف : ج ٢ في بيان حكم الحبوة ص ١٨١ س ٢٥ قال بعد نقل قول ابن حمزة : وفيه إشكال ، فإن ثبت ، والا إلخ.
- (٧) المبسوط : ج ٤ فصل في ميراث الحمل والأسير ص ١٢٦ س ١٦ قال : فان كانوا جماعة في سن واحد اشتركوا فيه.
- (٨) الوسيلة : في بيان ميراث الأولاد ، ص ٣٨٧ س ٩ قال : وفقد آخر في سنّه.
- (٩) السرائر : (في الولد إذا انفرد) ص ٤٠١ س ٢٢ قال : ويخص الولد الأكبر من الذكور إذا
- (١٠) السرائر : (في الولد إذا انفرد) ص ٤٠١ س ٢٢ قال : ويخص الولد الأكبر من الذكور إذا

.....

المصنف ^(١) والعلامة ^(٢) وأطلق أكثر الأصحاب استحقات الحبة.

(ي) لو قصر نصيب كل واحد عن قدر الحياة لم يمنع للعموم ، وهو الذي رجحه المصنف في النكت ^(٣) حتى لو كانت باقي التركة يساوي دينارا ، وهي تساوي دينارين ، ويحتمل المنع للاجحاف ، وهو ظاهر القواعد ^(٤).

(يا) لو استغرق الدين التركة ، فلا حبة. ولو قضى الورثة الدين من غيرها استقرب الشهيد الحبة ^(٥) ويحتمل قويا العدم لأنها في معنى المعاوضة ، لتعلق الدين بها ، وثبوت الحجر عليها.

ولو أراد الأكبر افتكاكها من ماله ليتخصص بها أجيب.

(يب) لو اوصى الميت بها اعتبرت من الثلث ، فان خرجت نفذت ، وان زادت

لم يكن سفيها فاسد الرأي إلخ.

(١) الشرائع : ج ٤ الأبوان والأولاد ، الثالثة قال : ومن شرط اختصاصه ان لا يكون سفيها ولا فاسد الرأي.

(٢) القواعد : ج ٢ في ميراث الأبوين والأولاد ص ١٧١ س ٧ قال : وانما يحى إذا لم يكن سفيها ولا فاسد المذهب.

(٣) نكت النهاية (في الجوامع الفقهية) : ص ٣٤٦ س ١٤ قال : هل إذا خلف هذه الأشياء المذكورة يساوي دينار وخلف معها دينارا واحدا يعطي الولد الأكبر ويبقى الدينار تركة الى قوله : الجواب ، الظاهر انه يخص بها وان كثر ثمنها وقل ما بعدها من التركة.

(٤) القواعد : ج ٢ في ميراث الأبوين والأولاد ص ١٧١ س ٧ قال في شروطها : ويخلف الميت غير ما ذكر ، فلو لم يخلف سواه لم يخص ، وكذا لو قصر النصيب عنه على اشكال. وقال في الإيضاح : منشأ الاشكال من عموم الخبر ولم يثبت التخصيص ، ومن انه على خلاف الأصل فيعمل بالمتيقن ، ولأن الآية قد جعلت لكل وارث نصيبا فما زاد منه فللاخر خرج ما تيقن فيه الجباء. الإيضاح : ج ٤ ص ٢١٤.

(٥) الدروس : كتاب الميراث ص ٢٦٠ س ١٨ قال : الثالث ، لو خلف ديننا مغتبرا الى ان قال : نعم لو قضى الورثة الدين من غير التركة فالأقرب الحبة ، ولو أراد الأكبر افتكاكها عن ماله ليحى بها فالأقرب إجابته.

(الثالثة) لا يرث مع الأبوين ولا مع الأولاد جد ولا جدة ، ولا احد من ذوي القرابة.
 لكن يستحب للأب ان يطعم أباه وامه السدس من أصل التركة بالسوية إذا حصل له
 الثلثان. وتطعم الأم أباه وأمه النصف من نصيبها بالسوية إذا حصل لها الثلث فما زاد.
 ولو حصل لأحدهما نصيبه الا على دون الآخر استحب له طعمة الجد والجدة دون صاحبه ،
 ولا طعمة لأحد الأجداد إلا مع وجود من يتقرب به.
 (الرابعة) لا يحجب الإخوة ، الأم إلا بشروط أربعة.

توقفت على إجازة الأكبر خاصة ان قلنا بالتخصيص مجانا ، ويحتمل عدم نفوذ الوصية فيها
 ، لاستحقاقها لمعين من الورثة ، فهي كما لو اوصى بمستحق. ويحتمل في صورة خروجها من
 الثلث على القول بنفوذها ، تخصيص الأكبر بقيمتها من التركة على القول بالحبوة مجانا ،
 للجمع بين مقصود الميت من تنفيذ الوصية ، وحق الأكبر من التخصيص.
 (يج) هل تدخل العمامة احتمالان؟ الدخول ، اختاره الشهيد للعموم ^(١) وعدمه
 عملاً بالمتيقن.

(يد) لو تعددت الخواتيم اعطى واحدا يتخير الوارث قاله العلامة ^(٢) وقال ابن إدريس
 : يعطى واحدا يختص بلبسه ، وان استعملها على السواء فله أحدها ، وكذا البحث في
 السيف والمصحف ^(٣).

(١) الدروس : كتاب الميراث ص ٢٦٠ س ١٧ قال : اما الثياب فالأقرب للعموم حتى العمامة.

(٢) القواعد : ج ٢ في ميراث الأبوين والأولاد ص ١٧١ س ٩ قال : ولو تعددت هذه الأجناس إلى قوله : أقربه
 إعطاء واحد يتخير الوارث.

(٣) السرائر : كتاب الفرائض ، في الولد إذا انفرد ص ٤٠١ س ٢٤ قال : فان كان له جماعة من هذه الأجناس
 خص بالذي كان يعتاد لبسه ويديه دون ما سواه.

ان يكون أخوين ، أو أخا وأختين ، أو أربع أخوات فما زاد لاب وأم أو لأب مع وجود الأب غير كفرة ولا رق. وفي القتلة قولان : أشبههما عدم الحجب ^(١) ، وان يكونوا منفصلين لا حملا.

قال طاب ثراه : وفي القتلة قولان : أشبههما عدم الحجب.
أقول : الحجب قسمان : عام وخاص ، فالعام ضابطة مراعاة القرب ، فالأقرب يمنع الأبعد ، فلا يرث ابن ابن مع ابن ، ولا ابن أخ مع الأخ إلا في المسألة الإجماعية وسيأتي.
والخاص قسمان : حجب الولد وحجب الإخوة.
فالأول بالنسبة إلى الزوجين والأبوين.
والثاني بالنسبة إلى الأم ، فيمنعونها من الرد ، ومن الزائد على السدس ، ولا يرثون شيئا ، بل يتوفر ذلك على الأب في صورة انفراده مع الام ومع البنت يحصل التوفير على الجميع ، قال المفيد والصدوقان : انما يحجب الإخوة للأب لأنهم عياله وعليه نفقتهم ^(١) ^(٢)
^(٣) وهذه العلة مروية ^(٤).

إذا عرفت هذا فنقول : المشهور اشتراط كون الحاجب ممن يصلح ان يكون وارثا

-
- (١) المقنعة : باب ميراث الوالدين مع الاخوة ص ١٠٤ س ٢ قال : ان الله تعالى سمى للام نصيبا مع الأب وحجبها عنه بالاخوة من الأب وحطها الى ما هو دونه ليتوفر سهم الأب لموضع عيولته الاخوة ووجوب ذلك عليه دونها.
- (٢) من لا يحضره الفقيه : ج ٤ (١٤٣) باب ميراث الأبوين والاخوة والأخوات ص ١٩٧ س ١٦ قال : وانما حجبوا الام عن الثلث لأنهم في عيال الأب وعليه نفقتهم فيحجبون ولا يرثون.
- (٣) كشف الرموز : ج ٢ ص ٤٥٢ س ١٥ قال : وقال المفيد وابنا بابويه : انما يحجب الإخوة للأب لأنهم عياله وعليه نفقتهم.
- (٤) التهذيب : ج ٩ (٢٥) باب ميراث الوالدين مع الاخوة ص ٢٨٠ الحديث ١ وفيه : انما وفر للأب من أجل عياله.

(المرتبة الثانية) الاخوة والأجداد. إذا لم يكن أحد الأبوين ولا ولد وان نزل ، فالميراث للاخوة والأجداد. فالأخ الواحد للأب والام يرث المال ، وكذا الاخوة. والأخت إنما ترث النصف بالتسمية والباقي بالرد. وللأختين فصاعدا الثلثان بالتسمية والباقي بالرد. ولو اجتمع الاخوة والأخوات لهما كان المال بينهم للذكر سهمان وللأنثى سهم. وللواحد من ولد الام السدس ذكرا كان أو أنثى ، وللأثنين فصاعدا الثلث بينهم بالسوية ذكرانا كانوا أو إناثا. ولا يرث مع الاخوة للأب والام ولا مع أحدهم أحد من ولد الأب ، لكن يقومون مقامهم عند عدمهم ، ويكونون

لو لا من هو أقرب منه ، فلا يحجب الكافر والمملوك والقاتل ، لأنه لا ارث لأحدهم ، فيلغوا وجودهم في نظر الإرث ويكون كعدمهم ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف ^(١) والراوندي في شرح الرسالة ^(٢) وبه قال ابن إدريس ^(٣) والمصنف ^(٤) والعلامة ^(٥). ولم يذكر سلال سوى الكفر والرق ^(٦) وصرح الحسن والصدوق بحجب القاتل ^(٧) ^(٨).

(١) كتاب الخلاف : كتاب الفرائض ، مسألة ٢٤ قال : القاتل والمملوك والكافر لا يحجبون.

(٢) هذا الشرح غير متوفر لدينا.

(٣) السرائر : كتاب الموارث والفرائض ص ٣٩٣ س ٣٣.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف : ج ٢ في ميراث القاتل ص ١٩١ س ٢٦ قال بعد نقل قول النهاية : والوجه ما قاله الشيخ.

(٦) المراسم : ذكر ميراث الأبوين ص ٢٢٠ س ٥ قال : وان لا يكونوا كفارا ولا عبيدا ، ثم قال : وكذلك لا يكونوا قاتليه عمدا ظلما.

(٧) المختلف : ج ٢ في ميراث القاتل ص ١٩١ س ٢٦ قال بعد نقل قول الصدوق بحجب القاتل : وكذا قال ابن أبي عقيل.

(٨) من لا يحضره الفقيه : ج ٤ (١٦٣) باب ميراث القاتل ص ٢٣٤ س ١٢ قال : والقاتل يحجب وان لم يرث.

حكمهم في الانفراد والاجتماع ذلك الحكم. ولو اجتمع الكلالات كان لولد الام السدس ان كان واحدا ، والثالث ان كانوا أكثر والباقي لولد الأب والام ، وان أبقت الفريضة مع ولد الام وولد الأب ففي الرد قولان : ^(١) أحدهما : يرد على كلاله الأب ، لأن النقص يدخل عليهم. مثل أخت لأب مع واحد أو اثنين فصاعدا من ولد الأم ، أو أختين لأب مع واحد من ولد الام. والآخر يرد على الفريقين بنسبة مستحقهما ، وهو أشبه.

قال طاب ثراه : ولو أبقت الفريضة مع ولد الأم ففي الرد قولان : أقول : هنا مسألتان :

(الأولى) إذا أبقت الفريضة مع كلاله الأبوين وكلاله الأم ، المشهور اختصاص كلاله الأبوين بالرد ، لاجتماع السببين ، فيرجح بالرد لزيادة الوصلة ، وادعى بعض أصحابنا عليه الإجماع. وقال الحسن : يرد على الفريقين بنسبة السهام ^(١) ونقله الصدوق عن الفضل بن شاذان ^(٢).

(الثانية) إذا أبقت الفريضة من كلاله الأب وحده وكلاله الأم ، هل يختص الرد بكلاله الأب ، لقيامهم مقام كلاله الأبوين ، ولأن النقص يدخل عليهم؟ أو يكون الرد على الفريقين بنسبة مستحقهما ، لتساويهما في الاستحقاق؟ إذ كل واحد منهما يتصل بسبب واحد مع تساوي الدرجة؟

(١) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٢٤ قال : وقال ابن أبي عقيل قولاً قريباً : ان الفاضل يقسم عليهما بالنسبة إلخ.

(٢) من لا يحضره الفقيه : ج ٤ ص ٢١٥ س ١ قال : وغلط الفضل بن شاذان في هذه المسألة وأشباهها إلى قوله : وما بقي يرد عليهم على قدر انصابهم.

الشيخ في النهاية على الأول^(١) واختاره القاضي^(٢) والتقني^(٣) والصدوق في كتابيه^(٤)
(٥) وهو ظاهر المفيد^(٦) واختاره العلامة في المختلف^(٧).

والقديمان على الثاني^(٨) واختاره المصنف^(٩) وابن إدريس^(١٠).

احتج الأولون بما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن

(١) النهاية : باب ميراث الاخوة والأخوات ص ٦٣٨ س قال : فان خلف أختا أو أختا من قبل الام وأختا من قبل الأب كان للأخ أو الأخت من قبل الام سهمهم المسمى الثلث أو السدس ، وللأخت من قبل الأب النصف بالتسمية والباقي بالرد.

(٢) المهذب : ج ٢ باب ميراث الاخوة والأخوات ص ١٣٦ س ٢ قال : فان خلف أختا أو أختا من قبل الأم إلخ.

(٣) الكافي : الإرث ، الباب الخامس ص ٣٧٢ س ٩ قال : يرث الواحد من ولد الأخ أو الأخت أو الجماعة ميراث أبيه إلخ.

(٤) المقنع : باب الموارث ص ١٧٣ س ٣ قال : وكذلك إذا ترك بنات وبني ابن أخ لأم وبنات وبني ابن أخ لأب وأم وبني ابن أخ لأب ، فللبنات وبني ابن الأخ للأم الثلث ، وما بقي للبنات وبني ابن الأخ للأم والأب إلخ.

(٥) الهداية : (١٤٢) باب ميراث الاخوة والأخوات ص ٨٤ س ١٢ قال : وكذلك يجري سهام أولادهم على هذا.

(٦) المقنعة : باب ميراث الاخوة والأخوات ص ١٠٥ س ١٥ قال : وإذا ترك الميت ابن أخيه لأبيه وامه وابن أخيه لأمه كان لابن الأخ من الأم إلخ.

(٧) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٢٢ قال : تذييب. المشهور بين علمائنا ان للأخت من الأبوين الباقي بعد سدس الأخت من الام.

(٨) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٢٠ قال : وقال ابن أبي عقيل : يرد عليهما على النسبة ، وبه قال : ابن الجنيد.

(٩) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٢٠ قال : وقال ابن أبي عقيل : يرد عليهما على النسبة ، وبه قال : ابن الجنيد.

(١٠) لاحظ عبارة النافع.

(١١) السرائر : كتاب الموارث ص ٤٠٢ س ٥ قال : ويشترك كلاله الأم مع كلاله الأب فحسب في الفاضل على قدر سهامهم.

وللجد المال إذا انفرد لاب كان أو لام ، وكذا الجدة. ولو اجتمع جد وجدة ، فإن كانا لاب فلهما المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كانا لام فالمال بالسوية. وإذا اجتمع الأجداد المختلفون ، فلمن يتقرب بالأم الثلث على الأصح ^(١) واحدا كان أو أكثر ، ولمن يتقرب بالأب الثلثان ولو كان واحدا. ولو كان معهم زوج أو زوجة أخذ النصيب الأعلى ، ولمن يتقرب بالأم ثلث الأصل ، والباقي لمن يتقرب بالأب.

ابن أخت لأب وابن أخت لأم قال : لابن الأخت من الام السدس ، ولابن الأخت من الأب الباقي ^(٢).

قال الشيخ : وهذا يدل على استحقاق الأخت للأب النصف بالتسمية والباقي يرد عليها ، لان بنتها إنما تأخذ ما كانت تأخذه هي ، كما لو كانت حية ، لأنها تتقرب بها ، وذلك خلاف ما يذهب إليه قوم من أصحابنا من وجوب الرد عليهما لأن ذلك خطأ على موجب هذا النص ^(٣).

احتج الآخرون : بالتساوي في الاستحقاق ، إذ كل واحد يتصل بسبب واحد. وأجيب : بافتراقهما بدخول النقص على كلاله الأب خاصة ، فيختص بالزائد. ولعل الأول أولى.

قال طاب ثراه : وإذا اجتمع الأجداد المختلفون فلمن تقرب بالأم الثلث على الأصح.

(١) الاستبصار : ج ٤ (١٠٠) باب ميراث أولاد الاخوة والأخوات ص ١٦٨ الحديث ١.

(٢) الاستبصار : ج ٤ (١٠٠) باب ميراث أولاد الاخوة والأخوات ص ١٦٨ قال بعد نقل حديث ١ : قال محمد بن الحسن هذا الخبر يدل على انه إذا اجتمع أخت من أم وأخت من أب ان تعطي الأخت من الام السدس بالتسمية والأخت من الأب الباقي إلخ.

والجد الأدنى يمنع الأعلى. وإذا اجتمع معهم الاخوة ، فالجد كالأخ ، والجدة كالأخت.

أقول : هذا اختيار الشيخ ^(١) لأنه يأخذ نصيب الام وجد الأب يأخذ نصيب الأب ، وبه قال الفقيه ^(٢) والقاضي ^(٣) وابن حمزة ^(٤) وابن إدريس ^(٥) وقال الحسن : يأخذ السدس كالأخ من الام ^(٦) وبه قال الصدوق في المقنع ^(٧) واختاره ابن زهرة ^(٨) وقطب الدين الكيدري ^(٩).

- (١) النهاية : باب ميراث الأجداد والجدات ص ٦٤٨ س ٤ قال : وإن خلف جدا من قبل أبيه إلى قوله : كان للجد أو الجددة من قبل الام الثلث ، نصيب الام ، والباقي للجد أو الجددة من قبل الأب نصيب الأب.
- (٢) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨١ س ٢٧ قال : وقال علي بن بابويه في رسالته : فإن ترك جدا من قبل الأب وجدا من قبل الأم إلخ.
- (٣) المهذب : ج ٢ باب ميراث الأجداد والجدات ص ١٤٢ س ١٤ قال : فإن ترك جده وجدته من قبل أبيه وجده وجدته من قبل أمه كان للجد والجددة من قبل الأب الثلثان للذكر مثل حظ الأنثيين ، وللجد والجددة من قبل الأب الثلث بينهما بالسوية.
- (٤) الوسيلة : فصل في بيان ميراث الأجداد والجدات ص ٣٩٢ س ٧ قال : وإن كان أحدهما لأب والآخر لام كان الثلثان للجد أو الجددة من قبل الأب ، والثلث للجد أو الجددة من قبل الأم.
- (٥) السرائر : كتاب الموارث ص ٤٠٢ س ١ قال : والصحيح من أقوال أصحابنا المحصلين : ان لواحد الأجداد من قبل الام الثلث إلخ.
- (٦) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨١ س ٢٩ قال : وقال ابن أبي عقيل : لو ترك جدته أم أمه ، فلأم الام السدس إلخ إلى قوله : وكذا قال قطب الدين الكيدري.
- (٧) المقنع : باب الموارث ص ١٧٥ س ٣ قال : فإن ترك جدا من قبل الأب وجدا من قبل الام فللجد من قبل الأب الثلثان وللجد من قبل الام الثلث إلخ ولا يخفى ان هذه العبارة على خلاف المطلوب أدل ، ولاحظ ما كتب في ذيل الصفحة نقلا عن المختلف.
- (٨) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦٠٧ س ١٦ قال : كان للواحد من قبل الأم أحا كان أو أختا جدا أم جددة السدس إلخ.
- (٩) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨١ س ٢٩ قال : وقال ابن أبي عقيل : لو ترك جدته أم أمه ، فلأم الام السدس إلخ إلى قوله : وكذا قال قطب الدين الكيدري.

.....

واحتجوا : بان للواحد من كلاله الأم السدس .
وأجيب : بأنه في حق الاخوة دون الأجداد ، فإن قالوا : نصوا على ان الجد كالأخ
والجدة كالأخت قلنا : إذا اجتمعوا وكانوا من جهة واحدة اقتسموا على هذه النسبة ، فيأخذ
الجد بقدر ما يأخذه الأخ ، والجدة بقدر ما تأخذه الأخت .

تحقيق

الجد وان علا تقاسم الأخ وان دنا ، والأخ وابنه وان سفل تقاسم الجد وان قرب
فكل من هاتين الطبقتين : اعني طبقة الاخوة والأجداد وارث على حده ، ولا يعتبر فيه
القرب والبعد بالنسبة إلى الطبقة الأخرى ، فلا يمنع الأقرب من احدى الطبقتين الأبعد من
الأخرى وبمنع الأبعد من طبقته ، فلا ارث لابن الأخ مع الأخ ، ولا لجد جد مع جد . ولا
فرق في منع الإرث للأبعد هنا بين ان يكون جهته التي يمت بها الى الميت هي جهة الآخر ،
أو غيرها ، فلا يرث ابن الأخ للأبوين مع الأخ للأم ، أو للأب ، لأنه أقرب منه بدرجة .
وكذا لا يرث جد جد لاب مع جدة لأم .

ولنوضح ذلك في مسائل :

(الاولى) لو ترك جدا وجدة لأم واخوة من قبلها ، وجدا وجدة لأب واخوة من قبله
كان لأقرباء الأم الثلث بينهم بالسوية ، ولأقرباء الأب الثلثان للذكر ضعف الأنثى ، ويكون
الجد كالأخ والجدة كالأخت هنا في البابين .

(الثانية) لو ترك جدا وجدة لأب واخوة من قبله ، وجدا وجدة للام كان لجد الام
الثلث ، ولأقرباء الأب الثلثان للذكر سهمان وللأنثى سهم ، ويجرى الجد فيه مجرى الأخ ،
والجدة مجرى الأخت . ولو ترك جدا وجدة لأم واخوة من قبلها ، وواحدا من قبل الأب ،
أخا أو أختا ، جدا أو جدة ، كان لأجداد الأم وجداتها وأخواتها الثلث بينهم بالسوية ،
ولقريب الأب الثلثان .

مسألثان

(الاولى) لو اجتمع أربعة أجداد لأب ومثلهم لام كان لأجداد الأم الثلث بينهم أرباعا ، ولأجداد الأب وجداته الثلثان ، لأبوي أبيه ثلثا الثلاثين أثلاثا ، ولأبوي أمه الثلث أثلاثا أيضا ، فيصح من مائة وثمانية.

(الثانية) الجد وان علا يقاسم الاخوة والأخوات. وأولاد الاخوة والأخوات وان نزلوا يقومون مقام آبائهم عند عدمهم في مقاسمة الأجداد والجدات ويرث كل واحد منهم نصيب من يتقرب به ، ثم ان كانوا اخوة أو أخوات لأب اقتسموا المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، وان كانوا لام اقتسموا بالسوية.

(الثالثة) لو ترك اخوة لام وجدا قريبا لاب ، وجدا بعيدا لام ، فلجد الأب ثلثي المال ، ولإخوة الأم الثلث ، وهل يشاركونهم جد الام البعيد؟ احتمالان : نعم لأن الأخ لا يمنع الجد البعيد ، والقريب لا يزاحمه البعيد فيما حصل له. وكذا لو ترك إخوة للأب وجدا بعيدا من قبله ، واخوة للأم وجدا قريبا من قبلها ، كان لأقرباء الأم الثلث بينهم بالسوية ، ولإخوة الأب الثلثان ، وهل يشاركونهم جد الأب البعيد؟
يحتمله لان بعده لا يمنعه من مقاسمة الاخوة ، وهو لا يزاحم الجد القريب فيما حصل له.

ويحتمل عدم الشركة لكونه محجوبا بالجد القريب ، وقضية الحجب هنا المنع من أصل الإرث.

(الرابعة) لو ترك جد لام وابن أخ لأم مع أخ لأب ، فلأخ الأب الثلثان ، ولجد الام الثلث ، وهل يزاحمه ابن الأخ للأم؟ فيه الاحتمالان : وكذا لو ترك جد الأب وابن أخ له مع أخ للام ، فلأخ الأم السدس ولجد الأب الباقي ، وهل يزاحم ابن

(المرتبة الثالثة) الأعمام والأخوال. للعم المال إذا انفرد ، وكذا للعمين فصاعدا ، وكذا العمة والعمتان والعمات ، والعمومة والعمات للذكر مثل حظ الأنثيين. ولو كانوا متفرقين ، فلمن تقرب بالأُم السدس ان كان واحدا ، والثلث ان كانوا أكثر بالسوية ، والباقي لمن يتقرب بالأب وبالأُم للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويسقط من يتقرب بالأب معهم ويقومون مقامهم عند عدمهم. ولا يرث الأبعد مع الأقرب ، مثل ابن خال مع خال أو عم ، أو ابن عم مع خال أو عم ، الا ابن عم لاب وأم مع عم لاب ، فابن العم أولى.

الأخ للأب؟ فيه الوجهان.

قال طاب ثراه : ولا يرث الأبعد مع الأقرب ، مثل ابن خال مع خال أو عم ، أو ابن عم مع خال أو عم الا ابن عم لاب وأم مع عم لاب فابن العم أولى.

أقول : هذه هي المسألة الإجماعية التي انفردت بها الإمامية ، لكن لما خالفت القواعد المقررة ، وأصول المذهب المعتبرة. اعتبرنا فيها بقاء الصورة التي ورد بها النص على حالها على المختار من الأقوال والمحصل من فتاوى المحققين.

فروع

(الأول) لا يتغير الحكم بتعدد العم ، أو ابن العم ، ولا بانضمام الزوج والزوجة قاله الشهيد ^(١) ويحتمله لأنه غير صورة النص ، قاله العلامة : في القواعد ^(٢).

(١) الدروس : كتاب الميراث ص ٢٥١ س ٧ قال : قاعدة لا يمنع أبعد أقرب إلّا في مسألة اجماعية ، الى قوله : ولا يتغير الحكم إلخ.

(٢) القواعد : ج ٢ الفصل الثالث في ميراث الأعمام والأخوال ص ١٧٥ س ١٠ قال : ولا يرث ابن العم مع العم إلّا في مسألة اجماعية الى قوله : ولو تغير الحال انعكس الحجب إلخ.

والاشكال في تعددهما ، أو تعدد أحدهما أقوى من الإشكال في انضمام الزوجين .
 ووجه الاشكال : من حيث مشاركتهما في المقتضي للترجيح ، فان ابن العم له المال
 وحده ، فمع تعدده اولى ، وسبب ارث العمين العمومة ، وابن العم مانع لهذا السبب ،
 ومانع احد السببين المتساويين مانع الآخر .

(الثاني) هل يتغير الحكم بتبديل الذكورة بالانوثه؟ بان كان بدل العم عمة؟ الأظهر :
 نعم ، اقتصارا على مورد النص ، وهو اختيار ابن إدريس ^(١) والمصنف ^(٢) والعلامة في القواعد
^(٣) وقال الشيخ : العمة للأب كالعم ^(٤) .

(الثالث) لو جامعها خال أو خالة؟ قيل فيه : ثلاثة أقوال :

(أ) حرمان ابن العم ، ويكون المال بين العم والخال أثلاثا ، لتغيير الصورة المنصوصة ،
 وهو اختيار عماد الدين بن حمزة القمي ويعرف بالطبرسي رحمه الله ^(٥)

(١) السرائر : في ترتيب الوراث ص ٣٩٧ س ١٢ قال : فان كان عوض العم المذكور فيها عمة للأب كان
 الميراث لها دون ابن العم .

(٢) الشرائع : المرتبة الثالثة : الأعمام والأخوال ، قال : ولو انضم إليهما (أي عم لاب وابن عم) ولو خال
 تغيرت الحال وسقط ابن العم .

(٣) القواعد : ج ٢ الفصل الثالث في ميراث الأعمام والأخوال ص ١٧٥ س ١١ قال : فلو كان بدل العم عمة
 الى قوله : كان الأبعد ممنوعا .

(٤) الاستبصار : ج ٤ (١٠١) باب ميراث الاولى من ذوي الأرحام ص ١٧٠ ذيل حديث ٣ س ١٣ قال :
 والوجه الآخر ان يكون هذا الحكم يختص إذا كان بنوا العم لاب وأم والعم أو العمة لأب خاصة إلخ .

(٥) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٢ س ٩ قال : وقال العماد القمي ويعرف بالطبرسي : المال للعم
 والخال لان ابن العم محجوب بالخال .

وابن إدريس^(١) وظاهر الشيخ في المسألة الحلبية^(٢) والمصنف^(٣) والعلامة في القواعد^(٤).
ويؤيده رواية مسلمة بن محرز عن الصادق عليه السلام قال : في ابن عم وخال : قال
: المال للخال^(٥).

(ب) حرمان العم ويكون المال للخال وابن العم قاله قطب الدين الراوندي^(٦) ومعين
الدين المصري^(٧) لأن الخال لا يمنع العم ، فلئن لا يمنع ابن العم الذي هو حاجب للعم أولى
، وهو أقرب من ابن العم ، وابن العم يرث مع العم ، فيرث مع الخال المساوي له.
(ج) حرمان العم وابن العم واختصاص الخال بالمال ، قاله سديد الدين الحمصي^(٨)
لأن العم محجوب بابن العم ، وابن العم محجوب بالخال.

- (١) السرائر : في ترتيب الوارث ص ٣٩٧ س ١٣ قال : وكذلك لو كان خال وعم للأب وابن العم للأب والام
كان المال للعم الثلثان وللخال الثلث وسقط ابن العم للأب والام.
(٢) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٢ س ٤ قال بعد نقل اعتراض ابن إدريس على الشيخ نقلا عنه :
وقد رجع شيخنا عن هذا في المسائل الحلبية.
(٣) الشرائع : في الموارث ، المرتبة الثالثة الأعمام والأخوال قال : ولو انضم إليهما ولو حال تغيرت الحال وسقط
ابن العم.
(٤) القواعد : ج ٢ الفصل الثالث في ميراث الأعمام والأخوال ص ١٧٥ س ١٢ قال : ولو اجتمع مع العم
وابن العم خال أو خالة فالأجود حرمان ابن العم.
(٥) التهذيب : ج ٩ (٣٠) باب ميراث العم والعمات والأخوال والخالات ص ٣٢٨ قطعة من حديث ١٨ .
(٦) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٢ س ٧ و ٩ قال : وقال قطب الدين الراوندي : المال للخال وابن
العم ، وقال معين المصري : واعلم ان هذه المسألة إلخ.
(٧) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٢ س ٧ و ٩ قال : وقال قطب الدين الراوندي : المال للخال وابن
العم ، وقال معين المصري : واعلم ان هذه المسألة إلخ.
(٨) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٢ في الهامش ، قال : وقال السديد الدين الحمصي : المال للخال
إلخ.

ولللخال المال إذا انفرد ، وكذا للخالين والأخوال ، والخاله والخالتين والخالات. ولو اجتمعوا فالمال بينهم بالسوية كيف كانوا.

ولو كانوا متفرقين ، فلمن يتقرب بالأم السدس ان كان واحدا ، والثلث ان كانوا أكثر ، والثلثان لمن يتقرب بالأب والام ، ويسقط من يتقرب بالأم معهم ، والقسمة بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

ولو اجتمع الأخوال والأعمام ، فللأخوال الثلث ، وللأعمام الثلثان.
ولو كان معهم زوج أو زوجة فلهما النصيب الأعلى ، ولمن يتقرب بالأم ثلث الأصل ، والباقي لمن يتقرب بالأب.
ولو اجتمع عم الأب وعمته ، وخاله وخالته ، وعم الام وعمتها وخالها وخالتها ، كان لمن يتقرب بالأم الثلث ، بينهم أربعا ، ولمن

قال العلامة في المختلف : ونحن في هذه المسألة من المتوقفين ، فان كل واحد من هذه الأقوال ينقدح فيه الرجحان ^(١).

واحتمل العلامة في القواعد قولاً رابعاً : وهو حرمان الخال مع العم ^(٢) واختصاص المال بابن العم ، لأنه مانع للعم والخال مساوية في المرتبة ، ومانع احد المتساويين مانع الآخر ، والا لم يكونا متساويين.

قال طاب ثراه : ولو اجتمع عم الأب وعمته ، وخاله وخالته ، وعم الام وعمتها وخالها وخالتها كان لمن يتقرب بالأم الثلث بينهم أربعا ، ولمن يتقرب بالأب

(١) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٢ س ٢٨ قال : ونحن في هذه المسألة من المتوقفين إلخ.

(٢) القواعد : ج ٢ الفصل الثالث في ميراث الأعمام والأخوال ص ١٧٥ س ١٣ قال : وحرمان الخال والعم.

يتقرب بالأب الثلثان ، ثلثه لعمه وعمته أثلاثا ، وثلثه لخاله وخالته بالسوية على قول.

(مسائل)

(الأولى) عمومة الميت وعماته ، وحنولته وخالاته وأولادهم وان نزلوا ، أولى من عمومة أبيه وحنولته. وكذا أولاد كل بطن أقرب ، أولى من البطن الأبعد. ويقوم أولاد العمومة والعمات والحنولة والخالات مقام آبائهم عند عدمهم ، ويأخذ كل منهم نصيب من يتقرب به ، واحدا كان أو أكثر.

(الثانية) من اجتمع له سببان ورث بهما ما لم يمنع أحدهما الآخر ، فالأول : كابن عم لأب هو ابن خال لام ، وزوج هو ابن عم ، وعمه لأب هي خالة لأم. والثاني : كابن عمه هو أخ لأم.

(الثالثة) حكم أولاد العمومة والحنولة مع الزوج والزوجة حكم آبائهم ، يأخذ من يتقرب ثلث الأصل ، والزوج نصيبه الأعلى ، وما يبقى لمن يتقرب بالأب.

الثلثان ، ثلثاه لعمه وعمته أثلاثا ، وثلثه لخاله وخالته بالسوية على قول.

أقول : هذا قول للشيخ في النهاية ^(١) وتابعه المتأخرون على ذلك ^(٢) ، لأنهم

(١) النهاية : باب ميراث ذوي الأرحام ص ٦٥٧ س ٦ قال : وإذا اجتمع عم أب وعمته إلخ.

(٢) لاحظ الشرائع : كتاب الفرائض ، المرتبة الثالثة الأعمام والأخوال قال : ولو اجتمع عم الأب وعمته إلخ وفي اللعة : ج ٨ ص ١٦٢ س ١ قال : فلو ترك الميت عم أبيه إلخ وفي القواعد : ج ٢ ، الفصل الثالث في ميراث الأعمام والأخوال ص ١٧٦ س ١٢ قال : إذا اجتمع عم الأب وعمته إلخ.

المقصد الثاني : في ميراث الأزواج

للزوج مع عدم الولد النصف ، وللزوجة الربع ، ومع وجوده وان نزل نصف النصيب ، ولو لم يكن وارث سوى الزوج ردّ عليه الفاضل ، وفي الزوجة قولان : أحدهما لها الربع والباقي للإمام ، والآخر يرد عليها الفاضل كالزوج. وقال ثالث : بالرد مع عدم الامام. والأول أظهر.

وإذا كن أكثر من واحدة فهن مشتركات في الربع أو الثمن. وترث الزوجة وان لم يدخل بها الزوج. وكذا الزوج. وكذا في العدة الرجعية خاصة ، لكن لو طلقها مريضاً ورثت وان كان بائناً ، ما لم تخرج السنة ، ولم يبرأ ، ولم تتزوج ، ولا ترث البائن إلا هنا. ويرث الزوج من جميع ما تركته المرأة ، وكذا المرأة عدا العقار ^(١) ، وترث من قيمة الآلات والابنية ، ومنهم من طرد الحكم في أرض المزارع والقري ، وعلم الهدى يمنعها العين دون القيمة.

يتقربون بالأم. وذهب بعضهم إلى القسمة أثلاثاً ^(١) كما في جد أم الأب وجدته ، وجمهور الأصحاب على الأول ^(٢).

قال طاب ثراه : ولو لم يكن وارث سوى الزوج. الى قوله : . والأول : أظهر. أقول : تقدم البحث في هذه المسألة.

قال طاب ثراه : ويرث الزوج من جميع ما تركته المرأة ، وكذا الزوجة عدا العقار.

(١) الإيضاح : ج ٤ ص ٢٣٠ قال في شرح قول العلامة في القواعد : (ويحتمل ان يكون لعم الام وعمتها إلخ) ما لفظه : والاحتمال الثاني ذكره أفضل المحققين نصير الحق والدين ، الطوسي رحمه الله في فرائضه إلخ.
(٢) لاحظ ما نقلناه آنفاً عن الشرائع والقواعد واللمعة.

أقول : اعلم ان كل وارث ، فإنه يرث من جميع متروكات مورثه ، وخرج منه بالنص
أمور :

- (الأول) الزوجان بالنسبة إلى القصاص والحد ، وهو إجماع.
- (الثاني) النساء بالنسبة إلى القصاص ، وهو قول الشيخ في الاستبصار ^(١) وسيأتي تحقيقه في موضعه ان شاء الله.
- (الثالث) أقارب الأم بالنسبة إلى الدية ^(٢) على قول ^(٣).
- (الرابع) النساء بالنسبة إلى الولاء إلا في موضعين :
(أ) إذا باشرت العتق.
(ب) إذا أعتق مولاها الذي باشرت عتقه ثم مات الواسطة.
- (الخامس) الزوجة تحرم من شيء ما ، من متروكات الزوج عند الإمامية ، إلا ابن الجنيد ^(٤) ، وقد سبقه الإجماع وتأخر عنه ، والحجة فيه النصوص عن أهل البيت عليهم السلام ، الآخذين علومهم عن النبي صلى الله عليه وآله المتلقاة عن الوحي الإلهي ^(٥).
- والحكمة فيه مذكورة في نصوصهم عليهم السلام ^(٦) ، وفي عبارات علمائهم ، وهو تطرق الضرر على أقرباء الميت ، إذ لا حجر لهم عليها في التزويج ، فرمما تزوجت بمن

(١) الاستبصار : ج ٤ (١٥٣) باب انه ليس للنساء عفو ولا قود ص ٢٦٢ الحديث ١.

(٢) الكافي : ج ٧ باب موارث القتلى ومن يرث من الدية ومن لا يرث ، فلاحظ.

(٣) النهاية : بيان ميراث القاتل ومن يستحق الدية ص ٦٧٣ س ١٦ قال : ولا يستحقها الاخوة والأخوات من قبل الام.

(٤) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض في ميراث الزوجين ص ١٨٤ س ٢ قال : وقال ابن الجنيد : الى قوله : وللزوجة الثمن من جميع التركة عقارا وأثاث إلخ.

(٥) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج الأحاديث ٢٤ الى ٣٤ والحكمة مذكورة فيها.

(٦) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج الأحاديث ٢٤ الى ٣٤ والحكمة مذكورة فيها.

كان منافسا للمتوفي وحاسدا وعدوا مغیظا ، فيثقل ذلك على اهله وعشيرته ، فعدل بها عن ذلك الى أجمل الوجوه ^(١).

وهذا التعليل مما تقتضيه الحكمة الخلقية ، ومستبعده مستهزئ بالشرع.
وزادا عليه : روى حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه قال : انما جعل للمرأة قيمة الخشب؟ لئلا تتزوج فتدخل عليهم من يفسد موارثهم ^(٢).
واختلفت الروايات عنهم في كمية الشيء الذي تحرمه وكيفيته وشرطه ^(٣).
واختلفت الأقوال بحسب ذلك. فهنا بحثان :

(الأول) هل الحرمان عام في كل زوجة ، سواء كان لها ولد ، أو لم يكن؟ أو هو خاص بغير ذات الولد؟

بالأول صرح ابن إدريس ^(٤) وهو ظاهر المفيد ^(٥) والتقي ^(٦) والمرتضى في الانتصار ^(٧) والشيخ في الاستبصار ^(٨).

(١) لاحظ الانتصار : المسائل المشتركة في الإرث ، ص ٣٠١ قال : مسألة : ومما انفردت به الإمامية القول : بأن الزوجة لا ترث من ربا المتوفى شيئا الى قوله : والذي يقوي في نفسي إلخ.
(٢) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٨ الحديث ٢٨.
(٣) سيأتي عن قريب.

(٤) السرائر : كتاب الفرائض ص ٤٠١ س ٣٢ قال : والصحيح انما لا ترث من نفس التربة ولا من قيمتها ، بل يقوم الطوب والآلات وتعطي قيمته الى قوله : هذا إذا لم يكن لها ولد.
(٥) المفنعة : باب ميراث الأزواج ص ١٠٤ س ٢٢ قال : ولا ترث الزوجة شيئا مما يخلفه الزوج من أرباع وتعطي قيمة الخشب والطوب.

(٦) الكافي : فصل في الإرث ص ٣٧٤ س ١٩ قال : ولا ترث الزوجة من رقاب الرباع والأرضين شيئا وترث من قيمة الات الرباع.

(٧) الانتصار : المسائل المشتركة في الإرث ص ٣٠١ قال : مسألة ومما انفردت به الإمامية ، القول : بأن الزوجة لا ترث من ربا المتوفى.

(٨) الاستبصار : ج ٤ (٩٤) باب ان المرأة لا ترث من العقار والدور والأرضين شيئا من تربة

وبالثاني قال الشيخ في التهذيب ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) وابن حمزة ^(٣) وهو قول الصدوق ^(٤) واختاره المصنف ^(٥).

احتج الأولون بعموم صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام : ان المرأة لا ترث مما ترك زوجها من القرى والدور والسلاح والدواب شيئاً ، وترث من المال والفرش والثياب ومتاع البيت مما ترك ، ويقوم النقض والأبواب والجذوع والقصب ، فتعطى حقها منه ^(٦). ومثلها صحيحة محمد بن مسلم عنه عليه السلام قال : النساء لا يرثن من الأرض ولا من العقار شيئاً ^(٧).

فإن قلت : لا يصح الاستدلال بالرواية الاولى ، والا لزم عدم إرثها من السلاح

الأرض ، ولها نصيبها من قيمة الطوب والخشب والبنيان ص ١٥٤ س ٥ قال : قال محمد بن الحسن : هذه الاخبار التي أوردناه عامة في انه ليس للمرأة إلخ.

(١) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٣٠٠ قال بعد نقل حديث ٣٥ ما لفظه : قال محمد بن الحسن : هذا الخبر محمول على انه إذا كان للمرأة ولد فإنها ترث من كل شيء تركه الميت عقاراً كان أو غيره إلخ. (٢) المهذب : ج ٢ باب ميراث الأزواج والزوجات ص ١٤١ س ٤ قال : فان كان لها منه ولد دفع إليها حقها من نفس ذلك.

(٣) الوسيلة : فصل في بيان ميراث الأزواج والزوجات ص ٣٩١ س ٥ قال : فان كانت الزوجة ذات ولد من زوجها المتوفى عنها لزم ميراثها من جميع تركاته.

(٤) الفقيه : ج ٤ (١٧٥) باب نواذر الموارث ص ٢٥٢ قال بعد نقل حديث ٨ قال مصنف هذا الكتاب : هذا إذا كان لها منه ولد إلخ.

(٥) الشرائع : في مسائل من أحكام الأزواج ، الخامسة إذا كان للزوجة من الميت ولد ورثت من جميع ما ترك إلخ.

(٦) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٨ الحديث ٢٥.

(٧) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٨ الحديث ٢٦.

.....

والدواب ، وهو خلاف الإجماع.

فاعلم ان فخر المحققين أجاب عنه : بحمل السلاح على ما يحیی به الولد الأكبر ، والدواب يحمل على انه أوقفها أو أوصى بها وخرج من الثلث ، لأن السؤال وقع في صورة خاصة ، واللام في قوله : (المرأة) للعهد ، أي راجع الى المرأة التي وقع السؤال عنها. فان قيل : تبقى رواية وردت على صورة خاصة ، فلا تتعدى.

أجاب لا نسلم عدم التعدي إذا لم يدل دليل على اختصاصها ^(١).

احتج الآخرون : بأن ذلك جمعا بين ما تقدم وبين رواية الفضل بن عبد الملك أو ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الرجل هل يرث من دار امرأته ، أو أرضها من التربة شيئا ، أو يكون في ذلك بمنزلة المرأة فلا ترث من ذلك شيئا؟ فقال : يرثها ، وترثه كل شيء ترك وتركت ^(٢).

ويشهد بصريح الجمع رواية محمد بن أبي عمير عن ابن أذينة في النساء إذا كان لهنّ ولد أعطين من الرباع ^(٣).

(الثاني) في كمّية الحرمان وكيفيته ، وفيه ثلاثة أقوال :

(أ) وهو المشهور بين الأصحاب والأكثر في الروايات ^(٤) حرمانها من نفس الأرض والقرى والمزارع والرباع ، وهي الدور والمنازل وعين الأنهار وأبنيتها وأشجارها ، وتعطى مما عدا الأرض من ذلك ، وهو قول الشيخ في النهاية ^(٥) وتبعه

(١) الإيضاح : ج ٤ في ميراث الأزواج ص ٢٤١ س ٩.

(٢) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٣٠٠ الحديث ٣٥.

(٣) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٣٠١ الحديث ٣٦.

(٤) لاحظ الكافي : ج ٧ كتاب الموارث ص ١٢٧ باب ان النساء لا يرثن من العقار شيئا.

(٥) النهاية : باب ميراث الأزواج ص ٦٤٢ س ١ قال : والمرأة لا ترث من زوجها من الأرضين

القاضي ^(١) وهو ظاهر التقي ^(٢) وابن حمزة ^(٣) واختاره المصنف في الشرائع ^(٤).
 (ب) حرمانها من الرباع دون البساتين والضيايع ، وتعطى قيمة الآلات والابنية من الدور والمساكن ، وهو قول المفيد ^(٥) وابن إدريس ^(٦) والمصنف في النافع ^(٧).
 (ج) حرمانها من عين الرباع ، فتعطى قيمتها ، وترث من رقبة المزارع والضيايع ، وهو قول السيد المرتضى ^(٨) واستحسنه العلامة في المختلف لما فيه من الجمع بين عموم القرآن وخصوص الاخبار ، قال : ثمَّ قول شيخنا المفيد جيد أيضا ، يعني حرمانها من الرباع خاصة دون المزارع ، لما فيه من تقليل التخصيص ، قال : ومع هذا كله فالفتوى على ما قاله الشيخ ^(٩).

- والقرى والرباع إلخ.
- (١) المهذب : ج ٢ باب ميراث الأزواج والزوجات ص ١٤٠ س ١٨ قال : والمرأة إذا لم يكن لها ولد من زوجها ومات عنها لم يورث من الأرضين والرباع إلخ.
- (٢) الكافي : الإرث ص ٣٧٤ س ١٩ قال : ولا ترث الزوجة من رقاب الرباع والأرضين شيئا.
- (٣) الوسيلة : فصل في بيان ميراث الأزواج والزوجات ص ٣٩١ س ٦ قال : وان لم تكن ذات ولد منه لم يكن لها حق في الأرضين والقرى إلخ.
- (٤) الشرائع : في مسائل من أحكام الأزواج (الخامسة) قال : ولو لم يكن (اي ولد) لم ترث من الأرض شيئا إلخ.
- (٥) المقنعة : باب ميراث الأزواج ص ١٠٤ س ٢٢ قال : ولا ترث الزوجة شيئا مما يخلفه الزوج من الرباع ، وتعطى قيمة الخشب إلخ.
- (٦) السرائر : كتاب الفرائض ص ٤٠١ س ٢٩ قال : والأول (أي عدم الإرث من الرباع) اختيار الشيخ المفيد وهو الذي يقتضيه مذهبا.
- (٧) لاحظ عبارة النافع.
- (٨) الانتصار : المسائل المشتركة في الإرث ص ٣٠١ قال : الزوجة لا ترث من رباع المتوفى شيئا بل تعطى بقيمته حقها من البناء والآلات دون قيمة العراس.
- (٩) المختلف : في ميراث الزوج والزوجة ص ١٨٤ س ١٧ قال : وقول السيد المرتضى حسن إلخ.

(مسألثان)

(الأولى) إذا طلق واحدة من اربع وتزوج اخرى ، فاشتبهت ، كان للأخيرة ربع الثمن مع الولد ، أو ربع الربع مع عدمه ، والباقي بين الأربعة بالسوية.

(الثانية) نكاح المريض مشروط بالدخول ، فان مات قبله فلا مهر لها ولا ميراث.

المقصد الثالث : في الولاء ، واقسامه ثلاثة :

(القسم الأول) ولأء العتق : ويشترط التبرع بالعتق ، وان لا يتبرع من ضمان جريته ، فلو كان واجبا كان المعتق سائبة. وكذا لو تبرأ بالعتق وتبرء من الحرية. ولا يرث المعتق مع وجود مناسب وان بعد.

ويرث مع الزوج والزوجة.

احتج الأولون بما تقدم من الروايات.

احتج المفيد برواية محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ترث المرأة الطوب ولا ترث من الرباع شيئا ، قلت : كيف ترث من الفرع ولا ترث من الرباع شيئا؟ فقال : ليس لها بينهم حسب ترث به ، وانما هي دخل عليهم ترث من الفرع ولا ترث من الأصل ولا يدخل عليهم داخل بسببها^(١).

دلت على نفي التوريث من الرباع لا غير ، فبقي الباقي على أصله لعموم القرآن.

ولرواية مثنى عن يزيد الصائغ قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : ان

(١) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٨ الحديث ٢٧.

وإذا اجتمعت الشروط : ورثه المنعم ان كان واحدا ، واشتركوا في المال ان كانوا أكثر .
ولو عدم المنعم ، فللأصحاب فيه أقوال : أظهرها : انتقال الولاء إلى الأولاد الذكور
دون الإناث ، فان لم يكن الذكور ، فالولاء لعصبة المنعم . ولو كان المعتق امرأة فإلى عصبتها
دون أولادها ولو كانوا ذكورا .

النساء لا يرثن من ربا الأرض شيئا ولكن لهن قيمة الطوب والخشب ، قال : قلت : ان
الناس لا يأخذون بهذا ، فقال : إذا ولينا ضربناهم بالسوط ، فان انتهوا ، والا ضربناهم
بالسيف ^(١) .

احتج السيد : بالجمع بين عموم القرآن وخصوص الروايات .
قال طاب ثراه : ولو عدم المنعم فللأصحاب فيه أقوال : أظهرها انتقال الولاء إلى
الأولاد الذكور دون الإناث فان لم يكن الذكور فالولاء لعصبة المنعم . ولو كان المعتق امرأة
فإلى عصبتها دون أولادها ولو كانوا ذكورا .

أقول : المنعم المعتق سمي منعما ، ومولى النعمة . والأصل في هذا السبب قول النبي
صلى الله عليه وآله : الولاء لحمه كلحمة النسب ^(٢) . ووجه المشابهة : أن الرقيق كالمعتقود
لنفسه الموجود لسيدته ، لأنه لا يستقل بالعقود ، ولا يملك ولا يتصرف لنفسه ، وانما يتصرف
لسيده ، فإذا أعتقه صار لنفسه ، وملك كل ذلك لنفسه ، فالمعتق صار سببا لوجوده
الحكمي كما أن الأب سببا لوجوده الحقيقي ، وكلما يصدر عنه من صدقة أو عتق وغيره
فالمولى سبب السبب فيه ، فله إنعام على المعتق . وكذا كل من أنعم العتق عليه بجهة وغيرها ،
فالمولى سبب السبب فيها .

والولاء بفتح الواو وبالكسر ، التوالي ، فالمنعم يرث العتق إجماعا ذكرا كان أو

(١) التهذيب : ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٩ الحديث ٢٩ .

(٢) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٥٥ الحديث ١٥٩ وتماه (لا تباع ولا توهب) .

.....

أنشى لقوله عليه السلام (الولاء لمن أعتق) ^(١).

فان مات المنعم فإلى من ينتقل الولاء بعده؟ قيل فيه خمسة أقوال :

(الأول) إلى عاقلته الذين يكون عليهم الدية لو جنى خطأ وهو قول الحسن ^(٢).

(الثاني) إلى أولاده الذكور ان كان رجلا ، وان كان امرأتا فإلى عصبته ، دون أولادها

وان كانوا ذكورا وهو قول الشيخ في النهاية ^(٣) وبه قال القاضي ^(٤) وابن حمزة ^(٥).

فهنا حكمان :

(أ) ثبوته لأولاد الرجل الذكور خاصة.

ويدل عليه رواية بريد بن معاوية قال : سألت الصادق عليه السلام عن رجل . الى

قوله . ولاء المعتق هو ميراث لجميع ولد الميت من الرجال الحديث ^(٦) وكان السؤال عن رجل.

(ب) اختصاصه بعصبة المرأة.

ويدل عليه صحيحة يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال : سألته

(١) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٢٤ قطعة من حديث ٤٠.

(٢) المختلف : ج ٢ كتاب العتق ، الفصل الثاني في الولاء ص ٨٠ س ٣٩ قال : وقال ابن عقيل : الى قوله :

فاذا مات مولاة فلعاقلته الذين يكون عليهم الدية إذا جنى جناية الخطأ.

(٣) النهاية : باب الولاء ص ٥٤٧ س ١٧ قال : وإذا مات المعتق ورث ولاء مواليه أولاده الذكور منهم إلخ.

(٤) المهذب : ج ٢ باب الولاء ص ٣٦٤ س ١١ قال : وإذا مات المعتق ورث ولاء مواليه أولاده الذكور دون

الإناث.

(٥) الوسيلة : فصل في بيان الميراث بالولاء ص ٣٩٧ س ١٦ قال : فان مات مولاة كان ميراثه لولده الذكور

دون الإناث.

(٦) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق واحكامه ص ٢٥٤ قطعة من حديث ١٥٨.

عن امرأة أعتقت مملوكا ثم ماتت قال : يرجع الولاء إلى بني أبيها^(١).
(الثالث) انتقله إلى أولاده ذكورا وإناثا ان كان رجلا ، وان كان امرأة فلعصبتها دون أولادها ، وهو قول الشيخ في الخلاف^(٢) وبعض أصحابنا.
(الرابع) انتقله إلى الأولاد الذكور خاصة رجلا كان المنعم أو امرأتا وهو قول المفيد^(٣).

(الخامس) انتقله إلى أولاد المعتق ذكورا كانوا أو إناثا ، رجلا كان أو امرأتا ، وهو قول الصدوق^(٤) محتجا بعموم قوله عليه السلام (الولاء لحمه كلحمه النسب)^(٥). وقال أبو علي : النساء لا يرثن من الولاء شيئا^(٦).

تذنيبان

العتيق لا يرث المنعم لو فقد الوارث ، بل يكون ميراثه للإمام ، وقال الصدوق في كتابه : يرثه المنعم عليه^(٧) وبه قال أبو علي^(٨).

-
- (١) التهذيب : ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٥٤ الحديث ١٥٥.
(٢) كتاب الخلاف : كتاب الفرائض مسألة ٨٦ قال : المعتق إذا كان امرأتا فولاء مولاه لعصبتها دون أولادها.
(٣) المنقعة : باب ميراث المولى وذوي الأرحام ص ١٠٦ س ٣ قال : وان مات المعتق قبل المعتق ثم مات المعتق بعده ولم يترك ولدا ولا ذا قرابة كان ميراثه لولد مولاه الذي أعتقه.
(٤) الفقيه : ج ٤ (١٥١) باب ميراث المولى ص ٢٢٤ س ١٣ قال : فان ترك بنى وبنات مولاه المنعم الى قوله : فالمال لبني وبنات مولاه.
(٥) تقدم.
(٦) المختلف : ج ٢ في أحكام الولاء ص ٨٠ س ٣٩ قال : وقال ابن الجنيد : النساء لا يرثن من الولاء شيئا.
(٧) الفقيه : ج ٤ (١٥١) باب ميراث المولى ص ٢٢٤ س ١١ قال : إذا ترك الرجل مولى منعما أو منعما عليه الى قوله : فالمال له.
(٨) المختلف : ج ٢ في أحكام الولاء ص ٨٢ س ٣٢ قال : وقال ابن الجنيد : والمولى الأسفل يرث الذي عتقه إلخ.

ولا يصح بيعه ولا هبته. ويصح جره من مولى الأم إلى مولى الأب إذا كان الأولاد مولودين على الحرية.

الولاء يورث به إجماعاً ، وهل يورث؟ قال أبو علي : لا ^(١) ، ومثله قول الشيخ في الإيجاز ^(٢) واختاره العلامة ^(٣) لقوله عليه السلام : الولاء لحمه كلحمه النسب ، والنسب لا يورث ، بل يورث به ، ولأنه يفيد العصوبة كالنسب فلا يكون موروثاً ، لقوله عليه السلام : إنما الولاء لمن أعتق ، وهي للحصر ولم يعتق الوارث ، ولأن سببه إنعام السيد على العبد وهذا الانعام لا ينتقل ، فيستحيل انتقال الولاء ، لعدم انتقال الانعام عليه . وقال بعض أصحابنا : نعم لأنه من الحقوق المتروكة ، فكان داخلاً تحت عموم آية الإرث.

ورد بمنع كلية الكبرى ، لأننا نمنع كون كل حق قابلاً للنقل ، والا لصح بيعه . وتظهر الفائدة في مسائل :

(أ) لو مات المنعم عن ذكرين ، ثم مات أحدهما عن ولد ، ثم مات العبد ، فعلى الأول يرثه ابن المنعم وحده دون ابن أخيه لأننا نعتبر أقرب الورثة إلى المنعم عند موت المعتق ، وعلى الثاني يرثه ابن الميت وعمه ، حتى لو كان ابن ابن ابن ابن شارك عم أبيه وأخذ كل منهما النصف ، لأنه حق ورث عن المنعم ، فلما كان له ابنان انقسم الولاء بينهما ويصير مال كل منهما إلى ورثته ويورث عنه وهكذا وإن تنازلا.

(ب) لو مات المنعم عن ابن وابن ابن آخر ، ثم مات الابن وترك ابناً ، ثم مات العبد ، فعلى الأول هو بينهما لتساويهما في الدرجة ، وعلى الثاني تركه العبد لابن

(١) المختلف : ج ٢ في أحكام الولاء ص ٨٢ س ٣٣ قال : مسألة في عبارات بعض أصحابنا ان الولاء موروث كالمال ونص ابن الجنيدي على خلافه.

(٢) الإيجاز : في ضمن رسائل العشر ، فصل في ذكر الولاء ص ٢٧٨ س ٤ قال : والولاء لا يورث إلخ.

(٣) المختلف : ج ٢ في أحكام الولاء ص ٨٢ س ٣٧ قال : والأقرب عندي ان الولاء غير موروث إلخ.

(القسم الثاني) ولاء تضمن الحرية : ومن توالى إنسانا يضمن حدثه ويكون ولاءه له ، ثبت له الميراث ولا يتعدى الضامن ، ولا يضمن إلا سائبة كالمعتق في النذر والكفارات ، أو من لا وارث له ، ولا يرث الضامن الا مع فقد كل مناسب ومع فقد المعتق ، ويرث معه الزوج والزوجة نصيبهما الا على وما بقي له ، وهو اولى من بيت مال الامام.

(القسم الثالث) ولاء الإمامة : ولا يرث الا مع فقد وارث عدا الزوجة ، فإنها تشاركه على الأصح^(١). ومع وجوده عليه السلام فالمال له يصنع به ما شاء. وكان علي عليه السلام يعطيه فقراء بلده تبرعا. ومع غيبته يقسم في الفقراء ، ولا يعطى الجائر إلا مع الخوف.

الابن الذي كان حيا عند موت المنعم لانتقاله إلى أبيه ثم إليه بعده.

(ج) لو مات المنعم عن ابنين ، ثم ماتا وترك أحدهما عشر بنين والآخر ابنا واحدا ثم مات العبد ، فعلى الثاني للعشرة النصف ، وللآخر وحده النصف الباقي ، لأن أب العشرة ورث نصف الولاء فانتقل بموته إليهم ، وأب الواحد ورث نصفه وانتقل الى ابنه بعده ، وعلى الأول قيل فيه قولان : أصحهما مساواة الأول ، لأن كل واحد من أولاد الأولاد يرث نصيب من يتقرب به على ما تقدم ، ويحتمل التساوي ، لتساويهم في الدرجة ، أو لأن أولاد الأولاد كالأولاد للصلب ، فهذا الاحتمال مبني على هذا القول.

قال طاب ثراه : ولا يرث الا مع فقد كل وارث عدا الزوجة ، فإنها تشاركه على الأصح.

أقول : تقدم البحث في هذه المسألة.

قال طاب ثراه : وكان علي عليه السلام يعطيه فقراء بلده تبرعا^(١) ، ومع غيبته

(١) أوردته في المقنعة ص ١٠٨ س ٧ قال : وكان أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام يعطي تركة

واما اللواحق فأربعة

الأول : في ميراث ابن الملاعنة : ميراثه لامه وولده ، للام السدس والباقي للولد ، ولو انفردت ، كان لها الثلث والباقي بالردّ. ولو انفردت الأولاد ، فللواحد النصف ، وللاثنتين فصاعدا الثلثان ، وللذكران المال بالسوية ، وان اجتمعوا فللذكر سهمان وللأنثى سهم. ويرث الزوج والزوجة نصيبهما الا على مع عدم الولد وان نزل ، والأدنى معهم. ولو عدم الولد يرثه من تقرب بامه الأقرب فالأقرب الذكر والأنثى سواء. ومع عدم الوارث يرثه الامام. ويرث هو امه ومن يتقرب بها على الأظهر ، ^(١) ولا يرث أباه ، ولا من يتقرب به ولا يرثونه. ولو اعترف به الأب لحق به ،

يقسم في الفقراء ، ولا يعطي الجائر إلا مع الخوف.

أقول : ميراث من لا وارث له لإمام المسلمين ، كما عليه عقله فشابهه اولي الأرحام ، والمعتك ، فمع وجوده (ع) يختص به ، ولا حق لأرباب الخمس فيه ، ولا لبيت مال المسلمين ، ومع غيبته تصرف في الفقراء من المؤمنين ، وليس على حدّ مال الامام الواجب له من الخمس ، ولو كان ذلك من الأراضى كان كالأنفال وللحاكم دفعه الى الفقراء فتختص به من دفع اليه.

قال طاب ثراه : ويرث هو امه ومن يتقرب بها على الأظهر.

أقول : ذهب الشيخ في الاستبصار الى ان ولد الملاعنة لا يرث أخواله ، بل يرثونه

من لا وارث له من قريب ولا نسيب ولا مولى ، فقراء أهل بلده وضعفاء جيرانه وخطائمه تبرعا عليهم بما يستحقه من ذلك ، واستصلاحا لرعيته حسب ما كان يراه في الحال من صواب الرأي لأنه من الأنفال كما قدمناه في ذكر ما يستحقه الامام من الأموال ، وله إنفاقه فيما شاء ووضعه حيث شاء ، ولا اعتراض للأمة عليه في ذلك بحال.

وورث هو أباه دون غيره من ذوي قرابة أبيه ، ولا عبرة بنسب الأب. فلو ترك إخوة لأب وأم مع أخ أو أخت لأم كانوا سواء في المال. وكذا لو ترك جدا لام مع أخ أو أخت أو اخوة أو أخت من أب وأم.

الا ان يعترف به الأب ، لأن ذلك يبعد التهمة عن المرأة ، ويقوّي صحة نسبه ^(١). ولما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام ، في حديث طويل ، الى ان قال : واما الولد فيلاني أردته إليه إذا ادعاه ولا ادع ولده ، وليس له ميراث ، ويرث الابن الأب ، ولا يرث الأب الابن يكون ميراثه لأخواله ، فان لم يدعه أبوه فإنّ أخواله يرثونه ولا يرثهم ^(٢) وذهب في التهذيب إلى أنه يرثهم ^(٣) ، وهو اختيار الأكثر ^(٤) وبه قال ابن إدريس ^(٥) واختاره المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧) لان نسبه من الام ثابت فيهم ^(٨)

ولما رواه زيد الشحام عن الصادق عليه السلام قال : وهو يرث أخواله ^(٩).

(١) الاستبصار : ج ٤ (١٠٤) باب ان ولد الملاعنة يرث أخواله ويرثونه ص ١٨١ ذيل حديث ٨ قال : لان عند ذلك تبعد التهمة عن المرأة إلخ.

(٢) الاستبصار : ج ٤ (١٠٤) باب ان ولد الملاعنة يرث أخواله ويرثونه ص ١٨١ الحديث ٨.

(٣) التهذيب : ج ٩ (٣٣) باب ميراث ابن الملاعنة ص ٣٤١ س ١٠ قال : غير ان العمل على ثبوت الميراث بينهم أحوط وأولى.

(٤) قال في الإيضاح : ج ٤ ص ٢٤٦ الأصح عند المصنف ان ولد الملاعنة يرث امه ومن يتقرب بها وهو المشهور عند علمائنا إلخ.

(٥) السرائر : كتاب المواريث ص ٤٠٦ س ٧ في الهامش قال : والصحيح انه يرث أخواله وترثه أخواله.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف : ج ٢ في ميراث ولد الملاعنة ص ١٩٢ س ٣٠ قال : والوجه ما قاله الشيخ في التهذيب وهو اختيار الأكثر.

(٨) في گل : «ثابت فيهم كالأخوة».

(٩) التهذيب : ج ٩ (٣٣) باب ميراث ابن الملاعنة ص ٣٤٠ الحديث ٩.

تذنيب

المشهور ان ميراث ولد الملاعنة لأمه الثلث بالتسمية ، والباقي بالرد ، وهو اختيار الشيخ في النهاية ^(١) وبه قال المفيد ^(٢) والقاضي ^(٣) والتقوي ^(٤) والحسن ^(٥) والصدوقان في الرسالة ^(٦) والمقنع ^(٧) وابن إدريس ^(٨) والمصنف ^(٩) والعلامة ^(١٠).

وقال أبو علي : لأمه الثلث والباقي لبيت مال المسلمين ^(١١) وقال الصدوق في المقنع ^(١٢) : لبيت مال الإمام لأن جنائته عليه إذا كان ظاهرا ، وان كان مستورا

(١) النهاية : باب ميراثه ولد الملاعنة ص ٦٧٩ س ٩ قال : فميراثه لأمه إذا كانت حية.

(٢) المقنعة : باب ميراث ابن الملاعنة ص ١٠٦ س ٢٠ قال : وكان جميع تركته لأمه.

(٣) المهذب : ج ٢ باب ميراث ولد الملاعنة ص ١٦٤ س ٦ قال : وترثه أمه. وقال أيضا في كتاب اللعان والارتداد ص ٣٠٨ س ٦ ويكون ميراث الابن لأمه.

(٤) الكافي : الإرث ص ٣٧٥ س ١٥ قال : ولا يرثه الأب وترثه أمه.

(٥) المختلف : ج ٢ في ميراث ولد الملاعنة ص ١٩١ س ٣٢ قال : فجعل الشيخ ميراث ابن الملاعنة لأمه خاصة وهو قول ابن أبي عقيل والصدوق في المقنع وأبوه في الرسالة.

(٦) المختلف : ج ٢ في ميراث ولد الملاعنة ص ١٩١ س ٣٢ قال : فجعل الشيخ ميراث ابن الملاعنة لأمه خاصة وهو قول ابن أبي عقيل والصدوق في المقنع وأبوه في الرسالة.

(٧) المقنع : باب الموارث ص ١٧٧ س ١١ قال : وإذا ترك ابن الملاعنة أمه وأخواله فميراثه كله لأمه.

(٨) السرائر : باب اللعان والارتداد ص ٣٣١ س ٨ قال : ويكون ميراث الولد لأمه ، وقال أيضا في كتاب الموارث ص ٤٠٥ س ٣٣ وميراث ولد الملاعنة لأمه.

(٩) لاحظ عبارة النافع.

(١٠) المختلف : ج ٢ في ميراث ولد الملاعنة ص ١٩٢ س ٢ قال : والمعتمد ما قاله الشيخ.

(١١) المختلف : ج ٢ في ميراث ولد الملاعنة ص ٢٩١ س ٣٤ قال : قال ابن الجنيد : إلى قوله : والباقي لبيت مال المسلمين.

(١٢) هكذا في النسخ المخطوطة التي عندنا ، والظاهر انه سهو من النساخ إذ لم نظفر عليه في المقنع ، نعم انه موجود في الفقيه نصا كما يأتي.

(خاتمة)

تشتمل على مسائل :

(الأولى) ولد الزنا لا ترثه امه ولا غيرها من الأنساب ، ويرثه ولده وان نزل ، والزوج أو الزوجة ، ولو لم يكن أحدهم فميراثه للإمام. وقيل : ترثه امه كابن الملاعنة.

فلأمه الكل^(١).

تنبيه

وإذا أقر الأب به بعد اللعان ورث أباه ، وهل يرث أقارب أبيه؟ قال الأكثر : لا ، وهو اختيار الشيخ^(٢) لاختصاص حكم الإقرار بالمقر ، فلا يتعدى المقر إلا شهادة ، وهي لا تسمع هنا من واحد ، وقال ابنه مفيد الدين : وقواه ابن إدريس ، نعم^(٣) لأن الإقرار كالبينة الموجبة لثبوت النسب ، فيرثهم ، وتوقف العلامة^(٤) قال طاب ثراه : وقيل : ترثه امه كابن الملاعنة.

(١) الفقيه : ج ٤ (١٦٤) باب ميراث ابن الملاعنة ص ٢٣٦ س ٤ قال : قال مصنف هذا الكتاب : الى قوله : والباقي لإمام المسلمين.

(٢) الإيجاز : في ضمن الرسائل العشر ص ٢٧٥ في ذكر ميراث ولد الملاعنة س ٥ قال : ولا يرث الولد من يتقرب بالأب على حال.

(٣) لم أظفر على قول مفيد الدين.

(٤) السرائر : كتاب الموارث ص ٤٠٥ س ٣٦ قال : وهذا هو الأقوى عندي إلى قوله : لأن الإقرار بمنزلة البينة بل أقوى.

(٥) القواعد : ج ٢ (المقصد الثالث في اللواحق) ص ١٨١ س ١ قال : وهل يرث أقارب الأب مع اعترافه؟ إشكال.

أقول : ولد الزنا لا يرثه أبوه إجماعاً ، وهل ترثه أمه كابن الملاعنة أو لا؟ بالأول قال
التقي ^(١) وأبو علي ^(٢).

وبالثاني قال الشيخ في النهاية ^(٣) والقاضي ^(٤) وابن حمزة ^(٥) وابن إدريس ^(٦) واختاره
المصنف ^(٧) والعلامة ^(٨).

احتج الأولون : بما رواه يونس قال : ميراث ولد الزنا لقرابته من قبل أمه على نحو
ميراث ابن الملاعنة ^(٩).
وهي مقطوعة.

وروى إسحاق بن عمار عن الصادق عن الباقر عليهما السلام ان علياً عليه السلام
كان يقول : ولد الزنا وابن الملاعنة ترثه أمه وإخوته لأمه ، أو عصبتها ^(١٠).

(١) الكافي : الإرث ص ٣٧٧ س ٢٠ قال : وولد الزنا يرث أمه ومن يتعلق بنسبها ويرثونه.
(٢) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٩٢ س ٣٩ قال : وقال ابن الجنيد : الى قوله : وميراثه لامه كولد
الملاعنة.

(٣) النهاية : باب ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا ص ٦٨١ س ٢ قال : وأما ولد الزنا فإنه لا يرثه أحد إلا ولده
أو زوجه إلخ.

(٤) المهذب : ج ٢ باب ميراث ولد الزنا ص ١٦٥ س ٥ قال : والأقوى عندي هو الأول : وهو ان ولد الزنا لا
يرث أباه ولا أمه ولا يرثه أبوه ولا أمه.

(٥) الوسيلة : فصل في بيان ميراث ولد الملاعنة وولد الزنى ص ٤٠٣ س ٣ قال : وأما ولد الزنى لا يرث أحداً ولا
يرثه أحد ، إلا.

(٦) السرائر : كتاب الفرائض ص ٤٠٦ س ١١ قال : وولد الزنا لا يرث ، لا بمن خلق من نطفته ولا من ولدته
، ولا يرثونه على حال.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٩٣ س ٥ قال : والمعتمد ما قاله الشيخ.

(٩) التهذيب : ج ٩ (٣٣) باب ميراث ابن الملاعنة ص ٣٤٤ الحديث ٢٢.

(١٠) التهذيب : ج ٩ (٣٣) باب ميراث ابن الملاعنة ص ٣٤٥ الحديث ٢٣.

(الثانية) الحمل يرث ان سقط حيا ، وتعتبر حركة الأحياء كالاستهلال والحركات الارادية ، دون التقلص.

(الثالثة) قال الشيخ : يوقف للحمل نصيب ذكرين احتياطا ، ولو كان ذو فرض أعطوه النصيب الأدنى.

(الرابعة) يرث دية الجنين أبواه ومن يتقرب بهما ، أو بالأب.

وتأوله الشيخ : بأنه يجوز ان يكون قد سمع الراوي هذا الحكم في ولد الملاءنة ، فظن ان حكم ولد الزنا حكمه ^(١) وهي متروكة.

احتج الآخرون : بان النسب الشرعي منتف ، فليس بولد حقيقة ، فلا يدخل في العموم.

ولصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قلت : فإنه مات (يشير الى ولد الزنا) وله مال من يرثه؟ قال : الامام ^(٢).

فرع

واذ قد عرفت : ان نسبه منقطع بالنسبة إلى أبويه فلا يرثهما ولا يرثانه ، فاعلم ان الوارث له ولده وزوجه وزوجته ، فلا يتكرر الزنا ، فولد ولد الزنا ، ولد رشدة إجماعا لا يلحقه حكم ولد الزنا ، فيقبل شهادته ، ويصح إمامته في الصلاة ، وحكمه ، ويسرى إرثه إلى أبويه وينعكس منهما اليه.

قال طاب ثراه : قال الشيخ يوقف للحمل نصيب ذكرين احتياطا ، ولو كان ذو فرض أعطوه النصيب الأدنى.

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ولا أعلم فيه خلافا ، وأضاف القول الى

(١) لاحظ ذيل حديث ٢٣ الذي قدمناه آنفا.

(٢) التهذيب : ج ٩ (٣٣) باب ميراث ابن الملاءنة ص ٣٤٣ قطعة من حديث ١٨.

(الخامسة) إذا تعارفا بما يقتضي الميراث توارثا ولم يكلف أحدهما البينة.

(السادسة) المفقود يتربص بماله. وفي قدر التربص روايات ^(١) : أربع سنين ، وفي سندها ضعف ، وعشر سنين ، وهي في حكم خاص ، وفي ثلاثة يقتسمه الورثة إذا كانوا ملاً ، وفيها ضعف أيضاً ، وقال في الخلاف : حتى يمضي مدة لا يعيش مثله إليها ، وهو أولى في الاحتياط وأبعد من التهجم على الأموال المعصومة بالأخبار الموهونة.

الشيخ لخلوه عن خبر ناطق به ^(١).

قال طاب ثراه : المفقود يتربص بماله ، وفي قدر التربص روايات إلخ. أقول : المستحق للإرث قد يعرض له الحرمان بعروض الشك في نسبه كابن الملاعنة ، أو سببه كالغرقى والمهدوم عليهم ، أو في حياته وموته. والمقصود بالبحث هنا القسم الأخير كالأغائب غيبة منقطعة ، أي لا يعرف له فيها خبر موت ولا حياة ، ويسمى المفقود ، وكذا يقع الشك في توريث الغير منه.

فالبحث هنا يقع في مقامين :

(المقام الأول) في توريث الغير منه.

وفيه أربعة أقوال :

(أ) يحبس ماله عن ورثته قدر ما يطلب في الأرض أربع سنين وتقسم بعدها بين

ورثته.

(١) كتاب الخلاف : كتاب الفرائض مسألة ١٢٥ قال : إذا مات ميت وخلف ورثة وامرأة حاملاً ، فإنه يوقف ميراث ابنين ويقسم الباقي. وفي المبسوط : ج ٤ فصل في ميراث الحمل والأسير والمفقود ص ١٢٤ س ٢٣ قال : وقال محمد بن الحسن : يدفع الى هذا الابن (أي فما كان للميت ابن حاضر) ثلث المال ، لأن أكثر ما جرت به العادة ان تلد المرأة توأمين ، فيكون ثلثه ، وهذا الذي يقوى في نفسي إلخ.

.....

وهو مذهب الصدوق ^(١) والسيد ^(٢).

لرواية إسحاق بن عمار قال : قال أبو الحسن عليه السلام : في المفقود يتربص بماله أربع سنين ثم يقسم ^(٣).

(ب) النظرة في ميراث من فقد في عسكر وقد شهدت هزيمته ، وقيل : من كان فيه ، أو أكثرهم أربع سنين. وفيمن لا يعرف مكانه في غيبته ولا خبر له عشر سنين. والمأسور في يد العدو يوقف حاله ما جاء خبره ، ثم إلى عشر سنين ، وهو قول أبي علي ^(٤).

(ج) إذا كان الورثة مالا اقتسموه وهم ضامنون له ان عرف خبره بعد ذلك ، ولا بأس ان يتناع الإنسان عقار المفقود بعد عشر سنين ، وهو قول المفيد : وعبارته : إذا مات إنسان وله ولد مفقود لا يعرف له موت من حياة عزل ميراثه حتى يعرف خبره. وان تطاولت المدة في ذلك وكان للميت ورثة سوى الولد مالا بحقه لم يكن بأس باقتسامه ، وهم ضامنون له ان عرف للولد خبر بعد ذلك. ولا بأس ان يتناع الإنسان عقار المفقود بعد عشر سنين من غيبته وانقطاع خبره ويكون البائع ضامنا للحي ^(٥).

فقد اشتمل هذا الكلام على حكمين :

(١) الفقيه : ج ٤ (١٦٨) باب ميراث المفقود ص ٢٤٠ قال بعد نقل حديث ١ : قال مصنف هذا الكتاب رحمه الله يعني بعد ان لا يعرف حياته من موته إلخ.

(٢) الانتصار : المسائل المشتركة في الإرث ص ٣٠٧ قال : مسألة ، المفقود يحبس ماله عن ورثته قدر ما يطلب في الأرض أربع سنين إلخ.

(٣) الفقيه : ج ٤ (١٦٨) باب ميراث المفقود ص ٢٤٠ الحديث ١.

(٤) المختلف : ج ٢ في ميراث الغائب ص ١٩٧ س ٨ قال : وقال ابن الجنيد : والنظر في ميراث من فقد في عسكر إلخ.

(٥) المقنعة : باب ميراث من لا وارث له من العصابة ص ١٠٨ س ١٠ قال : إذا مات إنسان إلخ.

(أ) جواز قسمة ما حصل له من الميراث من غير تربص مع الملاء.

(ب) جواز ابتياع العقار بعد العشر ، ومفهومه عدم الجواز قبل ذلك.

(ج) لا يقسم حتى يعلم موته ، اما بقيام البينة ، أو بمضي مدة لا يمكن ان يعيش مثله إليها علما عاديا وهو قول الشيخ في الكتابين ^(١) ^(٢) واختاره القاضي ^(٣) وابن حمزة ^(٤) وابن إدريس ^(٥) والمصنف ^(٦) والعلامة ^(٧) وفخر المحققين ^(٨).

احتج السيد ومن تابعه : بأن الزوجة تعتد للوفاة بعد مضي أربع سنين ، وعصمة الفروج أشد في نظر الشرع من عصمة الأموال ، وانما تصح العدة مع حكم الشرع بموته ^(٩).

ولرواية إسحاق المتقدمة ^(١٠).

-
- (١) كتاب الخلاف : كتاب الفرائض مسألة ١٣٦.
- (٢) المبسوط : ج ٤ فصل في ميراث الحمل والأسير والمفقود ص ١٢٥ س ١٥ قال : والمفقود لا يقسم ماله إلخ.
- (٣) المهذب : ج ٢ باب ميراث الحميل والأسير والمفقود ص ١٦٦ س ١٧ قال : واما المفقود فإنه لا يقسم ماله إلخ.
- (٤) الوسيلة : فصل في بيان ميراث الأسير والحميل والمفقود ص ٤٠٠ س ١٣ قال : واما المفقود : فهو من غاب عن وطنه إلخ.
- (٥) السرائر : كتاب الموارث ص ٤١١ س ٣٦ قال : وقال قوم : لا يقسم مال المفقود حتى يعلم موته أو يمضي مدة لا يعيش مثله إليها إلى قوله : وهذا الأخير هو الذي يقوى في نفسي وأعمل عليه وافق به.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف : ج ٢ في ميراث الغائب ص ١٩٧ س ١٨ فبعد نقل الأقوال قال : والمعتمد ما قاله الشيخ.
- (٨) الإيضاح : ج ٤ في فروع موانع الإرث ص ٢٠٧ س ٣ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف : وهو الأصح عندي.
- (٩) المختلف : ج ٢ في ميراث الغائب ص ١٩٧ س ٢٢ قال : احتج الآخرون : بأن الزوجة تعتد للوفاة إلى آخره ولم يصرح بان هذا الاحتجاج من السيد ، فلاحظ.
- (١٠) تقدم آنفا.

ومثلها رواية عثمان بن عيسى ، عن سماعة ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
المفقود يحبس ماله على الورثة قدر ما يطلب في الأرض أربع سنين ، فإن لم يقدر عليه قسم
ماله بين الورثة ^(١) وسماعة واقفي وإليها أشار المصنف بقوله : وفي سندها ضعف ^(٢) قال
العلامة : وهذا القول لا بأس به مع طلبه في البلاد ، كما في الاعتداد ^(٣).

احتج أبو علي برواية علي بن مهزيار قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن دار
كانت لامرأة وكان لها ابن وبنت ، فغاب الابن في البحر وماتت المرأة ، فادعت ابنتها ان
أمها كانت صيرت هذه الدار لها ، وباعت أشقاصها منها ، وبقيت في الدار قطعة الى جنب
دار لرجل من أصحابنا ، وهو يكره ان يشتريها لغيبة الابن وما يتخوف من أن لا يحل له
شرائها ، وليس يعرف للابن خبر ، فقال لي : ومنذ كم غابت؟ فقلت : منذ سنين كثيرة ،
فقال : ينتظر به غيبته عشر سنين ، ثم يشتري ^(٤).

وهذه كما تراها واقعة في حكم خاص ، فلا تعدى ، لاحتمال اطلاعه عليه السلام
في هذه الواقعة على ما أوجب هذا الحكم فيها ، وإليها أشار المصنف بقوله : وهي في حكم
خاص.

وهي حجة المفيد على الحكم الثاني من فتواه.

وحجته على الحكم الأول رواية إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام قال :
سألته عن رجل كان له ولد ، فغاب بعض ولده ولم يدر أين هو ، ومات

(١) التهذيب : ج ٩ (٤٥) باب ميراث المفقود ص ٣٨٨ الحديث ٣.

(٢) لاحظ ما قاله في النافع.

(٣) المختلف : ج ٢ في ميراث الغائب ص ١٩٧ س ٢٤ قال : وهذا القول لا بأس به إلخ.

(٤) التهذيب : ج ٩ (٤٥) باب ميراث المفقود ص ٣٩٠ الحديث ٨ وتمام الحديث (فقلت : فان انتظر بها غيبة
عشر سنين ، يحل شرائها؟ قال : نعم).

الرجل ، فأني شيء يصنع بميراث الرجل الغائب من أبيه؟ قال : يعزل حتى يجيء ، قلت : فعلى ماله زكاة؟ قال : لا حتى يجيء ، قلت : فإذا جاء يزكيه؟ قال : لا حتى يحول عليه الحول في يده ، قلت : فقد الرجل فلم يجيء؟ قال : ان كان ورثة الرجل ملأء بماله اقتسموه بينهم ، فإذا جاء ردوه عليه ^(١).

وفي طريقها سماعة ، وهو واقفي ، وفي إسحاق قول ^(٢) فمن ثم قال المصنف : وفيها ضعف ^(٣).

احتج الآخرون بوجوه :

(أ) أصالة بقاء الحياة ، فيستصحب الى ان يعلم المزيل.

(ب) الأصل عصمة مال المسلم حتى يثبت السبب الموجب لنقله.

(ج) رواية معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام في رجل كان له على رجل حق

ففقده ، ولا يدري اين يطلبه ، ولا يدري أحي هو أم ميت ، ولا يعرف له وارثا ، ولا نسباً له ولا بلداً؟ قال : اطلب ، قال : ان ذلك قد طال ، فأتصدق به؟

قال : اطلبه ^(٤).

وفي معناها رواية الهيثم ^(٥).

قال المصنف : وهو أولى في الاحتياط ^(٦) لأن في التصرف تغير بالمال ، لجواز

(١) التهذيب : ج ٩ (٤٥) باب ميراث المفقود ص ٣٨٨ الحديث ٢.

(٢) سند الحديث كما في التهذيب (الحسن بن محمد بن سماعة ، عن علي بن رباط وعبد الله بن جبلة ، عن إسحاق بن عمار).

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) التهذيب : ج ٩ (٤٥) باب ميراث المفقود ص (٣٨٩) الحديث ٥.

(٥) التهذيب : ج ٩ (٤٥) باب ميراث المفقود ص (٣٨٩) الحديث ٧.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(السابعة) لو تبرء من جريرة ولده وميراثه ، ففي رواية : يكون ميراثه للأقرب إلى أبيه ، وفي الرواية ضعف.

إفلاس القابض ، فيضيع حق المالك ، وأبعد من التهجم على الأموال المعصومة ، إذ الأصل عصمة مال المسلم ، لقوله عليه السلام : مال المسلم على المسلم حرام الا عن طيب نفس منه ^(١) وهو إجماع ، فلا ينزل عن هذا الأصل والإجماع بالأخبار الموهومة ، أي المثمرة للوهم ، لا العلم ، لان بعضها حكم في واقعة ، فيحتمل الاختصاص وعدم التعدي ، وبعضها ضعيف الرجال فلا يصار اليه ويترك المعلوم ، لقوله تعالى ﴿إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ ^(٢) ويمكن حملها على انكشاف خبره بالموت في المدة المذكورة في الروايات.

(المقام الثاني) في توريثه من الغير.

الحق انه يوقف نصيبه حتى يعلم حاله ، وهو قول الشيخ في الخلاف ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) وفخر المحققين ^(٦) لأصالة بقاء الحياة ، والغيبة لا تخرج الإنسان عن الاستحقاق ، ويجيء فيه الأقوال الباقية ، لأن القاتل بقسمة ماله بعد أربع أو عشر ، لا يورثه للحكم بموته عنده.

قال طاب ثراه : لو تبرأ من جريرة ولده وميراثه ، ففي رواية يكون ميراثه للأقرب

(١) عوالي اللثالي : ج ٣ باب الغصب ص ٤٧٣ الحديث ٣ ولاحظ ما علق عليه.

(٢) يونس : ٣٦.

(٣) كتاب الخلاف : كتاب الفرائض ، مسألة ١٣٦ قال : وان مات له من يرثه المفقود الى قوله : ويوقف الباقي الى ان يعلم حاله.

(٤) لم أظفر عليه الا من إطلاق كلامه في مال المفقود ، فلاحظ عبارة النافع في ذلك.

(٥) المختلف : ج ٢ في ميراث الغائب ص ١٩٧ س ٦ قال : مسألة قال الشيخ في الخلاف إلخ.

(٦) الإيضاح : ج ٤ في فروع موانع الإرث ص ٢٠٧ س ٢ قال : وان مات من يرثه المفقود الى قوله : وهو الأصح عندي.

الثاني : في ميراث الخنثى.

إلى أبيه ، وفي الرواية ضعف.

أقول : قال الشيخ في النهاية : من تبرأ عند السلطان من جريرة ولده ، ومن ميراثه وله مال كان ميراثه لعصبة أمه ، دون عصبة أبيه ^(١) وتبعه القاضي ^(٢).
ورواه الصدوق عن أبي بصير قال : سألته عن المخلوع يتبرأ منه أبوه عند السلطان ومن ميراثه وجريرته ، لمن ميراثه؟ قال : قال علي عليه السلام : هو لأقرب الناس اليه ^(٣).
وليست صريحة الدلالة فيما ذهب اليه الشيخ ، لجواز ان يريد بقوله (لأقرب الناس اليه) يشير بذلك إلى الأب ، وأن هذا التبري لا يصح. ومع ذلك فهي مقطوعة. وذهب الشيخ في المسائل الحائريات الى ان هذا التبري لا يصح ، لان الشرع إذا حكم بالنسب لم يقع التبري منه ويثبت حكمه ^(٤) وهو مذهب ابن إدريس ^(٥) واختاره المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧) لعموم القران ^(٨) والاختبار ^(٩) الدالة على التوارث ، ولأصالة بقاء النسب والاستحقاق.
قال طاب ثراه : الثاني في ميراث الخنثى إلخ.

(١) النهاية : باب ميراث ولد الملاعنة. ص ٦٨٢ س ١١.

(٢) المهذب : ج ٢ باب ميراث الحميل والأسير والمفقود ص ١٦٧ س ٢ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) الفقيه : ج ٤ (١٥٨) باب ميراث المخلوع ص ٢٢٩ الحديث ١.

(٤) السرائر : كتاب المواريث ص ٤٠٨ س ٣٠ قال بعد نقل قول النهاية : هذا خلاف إجماع أصحابنا وإجماع المسلمين ، الى قوله : وقد رجع عنها في الحائريات في المسألة الخامسة والثمانين والمائة.

(٥) السرائر : كتاب المواريث ص ٤٠٨ س ٣٠ قال بعد نقل قول النهاية : هذا خلاف إجماع أصحابنا وإجماع المسلمين ، الى قوله : وقد رجع عنها في الحائريات في المسألة الخامسة والثمانين والمائة.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٩٥ س ٣٧ قال : والوجه ما قاله الشيخ في المسائل الحائرية.

(٨) النساء : ١١.

(٩) لاحظ التهذيب : ج ٩ (٢٢) باب الاولى من ذوي الأنساب ، و (٢٣) باب ميراث الوالدين وغيرهما.

من له فرج الرجال والنساء يعتبر بالبول ، فمن أيهما سبق يورث عليه ، فان بدر منهما ، قال الشيخ : يورث على الذي ينقطع منه أخيرا ، وفيه تردد. وان تساويا قال في الخلاف : يعمل فيه بالقرعة ، وقال المفيد وعلم الهدى : تعد أضلاعه. وقال في النهاية والإيجاز والمبسوط : يعطى نصف ميراث الرجل ونصف امرأة ، وهو أشهر. ولو اجتمع مع الأنثى (الخنثى ظ) ذكر وأنثى ، قيل : للذكر أربعة ، وللخنثى ثلاثة وللأنثى سهمان. وقيل : تقسم الفريضة مرتين ، فتفرض مرة ذكرا ومرة أنثى ، ويعطى نصف النصيبين ، وهو أظهر.

مثاله : خنثى وذكر ، تفرضهما ذكرين تارة ، وذكرا وأنثى أخرى ، وتطلب أقل مال له نصف ولنصفه نصف ، وله ثلث وثلثه نصف ، فيكون اثنا عشر ، فيحصل للخنثى خمسة وللذكر سبعة. ولو كان بدل الذكر أنثى حصل للخنثى سبعة وللأنثى خمسة. ولو شاركهم زوج أو زوجة ، صححت فريضة الخنثى ، ثم ضربت فخرج نصيب الزوج أو الزوجة في تلك الفريضة ، فما ارتفع ، فمنه تصح. ومن ليس له فرج النساء ولا الرجال ، يورث بالقرعة. ومن له رأسان أو بدنان على حق واحد ، يوقظ أو يصاح به ، فان انتبه أحدهما فهما اثنان.

أقول : الخنثى من له فرج النساء والذكرا ، وأحدهما أصلي والآخر زائد ، فهو اما ذكر أو أنثى ، ويستحيل اجتماعهما ولا خارج عنهما ، لقوله تعالى : ﴿يَهَبُ لِمَنْ

يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴿١﴾ وقوله تعالى ﴿خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾ ﴿٢﴾ وقوله ﴿أَوْ يُزَوِّجَهُمْ دُكْرَانًا وَإِنَاثًا﴾ ﴿٣﴾ الى غير ذلك من الآيات ﴿٤﴾ الدالة على حصر الحيوان في الذكر والأنثى. فيورث على الأصلي منهما ويلغى الزائد ويكون حكمه كغيره من الزوائد في الخلقة كالإصبع الزائدة ، إذا علم.

وان اشتبه الأصلي منهما بالزائد سمي خنثى.

ومن علامات الأصلي البول ، فان حصل من أحدهما دون الآخر كان هو الأصلي ، وهو إجماع وهذا أعم العلامات ، لوجودها في الصغير والكبير ، دون غيرها كالحيض والمني. وجعل الحسن الحيض واللحية ﴿٥﴾ واستقر به العلامة ﴿٦﴾ والحق به تفلك الثدي والحبلى ، واختاره فخر المحققين ﴿٧﴾.

فان بال منهما اعتبر الأسبق ، فيورث عليه باتفاق الأصحاب.

وروي ان رسول الله صلى الله عليه وآله أتى بخنثى فقال : ورثوه من أول ما يبول منه ، فان خرج منهما دفعة فبالانقطاع ﴿٨﴾.

فأيهما انقطع منه البول أخيرا ، فهو أصلي. وان تساويا أخذوا وانقطاعا ، ولا علامة

(١) الشورى : ٤٩.

(٢) النجم : ٤٥.

(٣) الشورى : ٥٠.

(٤) الانعام : ١٤٣ و ١٤٤.

(٥) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض واحكامه ، ص ١٩٣ س ٢٥ قال : وقال ابن عقيل : الخنثى عند آل الرسول عليهم السلام الى قوله : أو حيض أو احتلام أو لحية إلخ.

(٦) القواعد : ج ٢ الفصل الثاني في ميراث الخنثى ص ١٨١ س ١٤ قال : ونبات اللحية وتفلك الثدي والحبلى والحيض علامات على الأقرب.

(٧) الإيضاح : ج ٤ في ميراث الخنثى ص ٢٥١ س ٤ قال بعد نقل قول العلامة : والأقوى ما هو الأقرب عند المصنف.

(٨) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٥١٢ الحديث ٦٨ ولاحظ ما علق عليه.

غيره حصل الاشتباه وتحقق الاشكال هذا هو المشهور ، وهو الذي ذكره الشيخان ^(١) ^(٢) وسالار ^(٣) والقاضي في كتابيه ^(٤) ^(٥) وابن حمزة ^(٦) وابن إدريس ^(٧) وادعى عدم الخلاف فيه بين الأصحاب.

واما الصدوقان والقديمان فجعلوا الاشكال بعد تساويهما في الأخذ ، ولم يعتبروا الانقطاع أخيرا ^(٨) ^(٩) ^(١٠) ^(١١).

- (١) المقنعة : ص ١٠٦ باب ميراث الخنثى س ٢٩ قال : فان بال منهما جميعا ورث ميراث الرجال والنساء.
- (٢) النهاية : باب ميراث. من يشكل أمره ص ٦٧٧ س ١٧ قال : فان انقطع منهما معا ورث ميراث الرجال والنساء.
- (٣) المراسم : ذكر ميراث الخنثى ص ٢٢٥ س ٥ قال : فان انقطع منهما جميعا ورث النصف من ميراث الرجال والنصف من النساء.
- (٤) المهذب : ج ٢ باب ميراث الخنثى ص ١٧١ س ١٤ قال : فان انقطعا جميعا في حال واحدة ورث ميراث الرجال والنساء إلخ.
- (٥) المختلف : ج ٢ في ميراث الخنثى المشكل ص ١٩٤ س ٧ قال : وقال ابن البراج في كتابي الكامل والمهذب : إلخ كما نقلنا عن المهذب.
- (٦) الوسيلة : فصل في بيان ميراث الخنثى ص ٤٠٢ س ١ قال : وانقطع عنهما دفعة فهو مشكل.
- (٧) السرائر : كتاب الفرائض ص ٤٠٦ س ٢٤ قال : فان جاء سواء في دفعة واحدة وانقطعا سواء في وقت واحد ، فهاهنا يتصور مسألة الخلاف بين أصحابنا إلى قوله : فاما في الأحوال الأولية فلا خلاف فيها بينهم اجمع إلخ.
- (٨) المقنع : باب المواريث ص ١٧٧ س ١ قال : وان خرج البول من الموضعين معا ورث نصف ميراث الذكر ونصف الأنثى.
- (٩) المختلف : ج ٢ في ميراث الخنثى المشكل ص ١٩٣ س ٣٢ قال : وقال علي بن بابويه : الى قوله : فان خرج البول من الموضعين معا إلخ.
- (١٠ و ١١) المختلف : ج ٢ في ميراث الخنثى المشكل ص ١٩٣ س ٢٢ قال : وقال ابن الجنيد : الى قوله : فان ورد معا عدت أضلاعه إلى قوله : وقال ابن عقيل : الخنثى عند آل الرسول عليهم السلام الى قوله :

إذا عرفت هذا : فيما ذا يعرف كونه ذكرا أو أنثى؟ قيل فيه : ثلاثة أقوال :

(الأول) القرعة ، وهو قول الشيخ في الخلاف ^(١) ووجهه تحقق الاشكال.

وقال الصادق عليه السلام : كل مشكل فيه القرعة ^(٢).

وصورتها : ان يكتب في رقعة عبد الله ، وفي أخرى : أمة الله ، ويجعل في سهام مبهمة

، ويقول : ما رواه الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام : اللهم أنت الله لا إله إلا أنت عالم الغيب والشهادة أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون ، بين لنا أمر هذا المولود ^(٣).

(الثاني) عد الأضلاع من الجانبين ، فان اختلفا فذكر ، وان تساويا عددا فأنثى.

لما روى أصحابنا : ان حواء خلقت من ضلع آدم ^(٤) ، فصار للرجال من ناحية

اليسار ضلعا انقص وللنساء ثمانية عشر ضلعا من كل جانب تسعة ، وللرجال سبعة

وروي عنهم عليهم السلام : انه يورث من المبال فان سلسل البول على فخذة فهي امرأة وان زرق البول كما يزرق من الرجل فهو رجل إلخ.

(١) كتاب الخلاف : كتاب الفرائض ، مسألة ١١٦ قال : والمعمول عليه : انه يرجع الى القرعة ، فيعمل عليها.

(٢) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٥١٢ الحديث ٦٩ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) الفقيه : ج ٤ (١٦٦) باب ميراث الخنثى ص ٢٣٩ الحديث ٥.

(٤) الفقيه : ج ٤ (١٦٦) باب ميراث الخنثى ص ٢٣٨ قطعة من حديث ٢.

عشر ضلعاً ، من جانب اليمين تسعة ومن جانب اليسار ثمانية ، وهو قول السيد ^(١) وأبي علي ^(٢) والمفيد في كتاب الاعلام ^(٣) واختاره ابن إدريس ^(٤).
(الثالث) عدم اعتبار القرعة وعدّ الأضلاع ، وتحقيق الاشكال عند التساوي في ابتداء البول وانقطاعه ، وهو أشهر ، ذهب اليه الصدوقان ^(٥) ^(٦) والشيخان في المقنعة ^(٧) والنهاية ^(٨) والإيجاز ^(٩) والمبسوط ^(١٠).

-
- (١) الانتصار : المسائل المشتركة في الإرث ص ٣٠٦ س ١٩ قال : فان تساوى الى قوله : اعتبر بعد الأضلاع.
(٢) المختلف : ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٩٣ س ٢٢ قال : وقال ابن الجنيّد : الى قوله : فان ورد معا عدت أضلاعه.
(٣) الاعلام : في ضمن عدة رسائل ص ٣٣٩ باب ميراث الخنثى س ٢١ قال : فان تساوى الى قوله : اعتبر باتفاق الأضلاع واختلافها.
(٤) السرائر : كتاب الفرائض ص ٤٠٦ س ٣٦ قال : والمحصلون إلى انه في هذه الحال المتنازع فيها يعتبر ويورث بعدد الأضلاع إلخ.
(٥) المقنع : باب الموارث ص ١٧٧ س ١ قال : وان خرج البول من الموضعين ورث نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى.
(٦) المختلف : ج ٢ كتاب الموارث ص ١٩٣ س ٣٢ قال : وقال علي بن بابويه الى قوله : فان خرج البول من الموضعين معا فله نصف إلخ.
(٧) المقنعة : باب ميراث الخنثى ص ١٠٦ س ٢٩ قال : فان بال منهما جميعاً ورث ميراث الرجال والنساء إلخ.
(٨) النهاية : باب ميراث الغرقى . ومن يشكل امره من الناس ص ٦٧٧ س ١٧ قال : فان انقطع منهما معا ورث ميراث إلخ.
(٩) الإيجاز : في ضمن الرسائل العشر ، فصل في ذكر ميراث الخنثى ص ٣٧٥ س ٢٠ قال : فان انقطع منهما في حالة واحدة ورث نصف ميراث الرجال إلخ.
(١٠) المبسوط : ج ٤ ميراث الخنثى ص ١١٤ س ٣ قال : وان تساوى ورث نصف ميراث الرجال ونصف ميراث النساء.

وبه قال القاضي ^(١) وابن حمزة ^(٢) وسلار ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥).
ولا اشكال على الأولين لأن القرعة لا بد وان يخرج احد القسمين ، وكذلك
الأضلاع لا ينفك الواقع عن اختلافهما أو تساويهما ، فيعطى ما يقتضيه أحد الأمرين.
وانما الإشكال على القول الثالث ، وذكر المصنف في كيفية معرفة نصيبه طريقين ^(٦).
أحدهما : ان يعطى سهم بنت ونصف سهم بنت ، وان شئت قلت : نصف ميراث
ذكر ونصف ميراث أنثى وهو الذي استحسنته العلامة في تحريره ^(٧) فلو اجتمع مع الخنثى ابن
وبنت كان للابن أربعة وللخنثى ثلاثة ، وللبنت سهمان.
وتوضيحه : ان يجعل الحصة الابن نصفاً ، والحصة البنت نصفاً ، فأقل عدد يفرض
للبنت نصفان ، وللابن ضعفهما وللخنثى نصفها ، فالفريضة من تسعة.

-
- (١) المهذب : ج ٢ باب ميراث الخنثى ص ١٧١ س ١٤ قال : فان اتفقا جميعا في حالة واحدة ورث ميراث
الرجال والنساء.
(٢) الوسيلة : فصل في بيان ميراث الخنثى ص ٤٠٢ س ١ قال : فان خرج منهما دفعة الى قوله : ورث نصف
ميراث الرجل إلخ.
(٣) المراسم : ذكر ميراث الخنثى ص ٢٢٥ س ٥ قال : وان قطع منهما جميعا ورث النصف إلخ.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) القواعد : ج ٢ الفصل الثاني في ميراث الخنثى ص ١٨١ س ١٢ قال : وان تساويا الى قوله : وقيل : يرث
نصف النصيبين وهو الأشهر.
(٦) الشرائع : في ميراث الخنثى قال : ولو اجتمع مع الخنثى ذكر بيقين قيل : الى قوله : وقيل : إلخ فهذان
الطريقان.
(٧) التحرير : ج ٢ في ميراث الخنثى ص ١٧٤ س ٢٥ قال : فقال بعضهم : يجعل للأنثى أقل عدد له نصف
وهو اثنان وللذكر ضعف ذلك أربعة وللخنثى نصفهما وهو حسن.

ولو كان مع الخنثى ذكر خاصة بالفريضة من سبعة ، ولو كان بدله أنثى بالفريضة من خمسة ، للبننت سهمان وللخنثى ثلاثة.

والآخر : ان يفرض مرة ذكر واخرى أنثى ويقسم الفريضة مرتين ويعطى نصف النصيبين ، وهو الذي رجحه المصنف ^(١).

وتوضيحه : إذا كان معه ذكر ، ان يفرضهما ذكرين تارة ، وذكر وأنثى اخرى ، فنطلب أقل ماله نصفاً ، ولنصفه نصف ، وله ثلث وثلثه نصف ، فيكون اثني عشر .

وان شئت قلت : مسألة الذكورية من اثنين ، ومسألة الأنوثة من ثلاثة ، وهما متباينان ، فتضرب أحدهما في الآخر تبلغ ستة ، ولا يقوم لحاصل الخنثى سهم صحيح ، فينكسر في مخرج النصف ، فتضرب المجتمع في الاثنين تبلغ اثني عشر فعلى تقدير كونهما ذكرين يكون للخنثى ستة ، وعلى تقدير كونه أنثى يكون له أربعة ، فيجتمع له في المرتين عشرة ، فله نصفهما فيكون له خمسة ، وللذكر سبعة.

ولو كان بدل الذكر أنثى كانت السبعة للخنثى وللأنثى خمسة.

ولو اجتمعا معه كانت الفريضة من أربعين.

لأنك تفرضهما ذكرين وأنثى تارة ، بالفريضة من خمسة ، وذكر وأنثيين اخرى بالفريضة من أربعة ، وهما متباينان ، فتضرب أحدهما في الآخر يبلغ عشرين ، فللذكر في حال عشرة وفي حال ثمانية ، فله نصفهما تسعة ، وللأنثى في حال خمسة وفي حال أربعة ، وليس لهما نصف صحيح ، وكذلك الخنثى له في حال ثمانية وفي حال خمسة ، وليس لذلك نصف ، فتضرب المجتمع في مخرج النصف وهو اثنان تبلغ أربعين ، فللذكر ثمانية عشر ، وللأنثى تسعة وللخنثى ثلاثة عشر ، وذلك مجموع أربعين.

(١) لاحظ عبارة النافع.

وهذا الطريق يخالف الطريق الأول ، لان على الطريق الأول للخنثى من تسعة ثلاثة ، وهي قدر الثلث ، وعلى الطريق الثاني يحصل له من أربعين ثلاث عشر ، وهي دون الثلث بثلاث سهم.

ولو شاركهم زوج أو زوجة صححت فريضة الخنثى ثم ضربت مخرج نصيب أحدهما في تلك الفريضة ، فكل من كان له قبل ذلك شيء أخذه مضروباً فيما نقص عن نصيب الزوجية.

مثلاً في الصورة الأولى ، أي صورة كونهما ذكراً وخنثى ومعهما زوج ، يضرب مخرج نصيب الزوج وهو الربع في اثني عشر تبلغ ثمانية وأربعين ، تعطي الزوج الربع اثني عشر ، ثم يعطي الذكر ما كان له قبل الضرب وهو سبعة في ثلاثة يبلغ أحداً وعشرون ، والخنثى كان له خمسة يأخذها مضروبة في ثلاثة ، فيكون له خمسة عشر.

ولو كان زوجة : ضربت اثني عشر في ثمانية تبلغ ستة وتسعين ، للزوجة اثني عشر ، وكل من كان له قبل ذلك شيء أخذ مضروباً في سبعة.

وفي فريضة الأربعين تضرب الأربعة نصيب الزوج ، أو ثمانية نصيب الزوجة في أربعين يبلغ في الأول مائة وستين ، للزوج أربعين ، وللذكر ثمانية عشر مضروبة في ثلاثة ، فيكون له أربعة وخمسون ، وللأنثى تسعة مضروبة في ثلاثة ، فيكون سبعة وعشرين ، وللخنثى ثلاثة عشر مضروبة في ثلاثة ، يكون تسعة وثلاثين ، وذلك مجموع مائة وستين.

وفي الثانية تبلغ ثلاثمائة وعشرين ، للزوجة أربعين ، ولكل من الأولاد نصيبه مضروباً في سبعة ، فيأخذ الذكر مائة وستة وعشرين ، وهو مضروب ثمانية عشر في سبعة ، وللأنثى نصفها ثلاث وستون مضروب تسعة في سبعة ، وللخنثى احد وتسعون مضروب ثلاث عشر في سبعة ، فكمّل مع الأولاد مائتين وثمانين ، ومع الزوجة أربعين ، وذلك مجموع ثلاثمائة وعشرين.

الثالث : في الغرقى والمهدوم عليهم.

وهؤلاء يرث بعضهم بعضا إذا كان لهم ، أو لأحدهم مال ، وكانوا يتوارثون ، واشتبه المتقدم في الموت بالمتأخر.

وفي ثبوت هذا الحكم بغير سبب الهدم والغرق تردد.

(الثالث) الغرقى والمهدوم عليهم

قال طاب ثراه : وفي ثبوت هذا الحكم بغير سبب الغرق والهدم تردد.

أقول : الأصل انه لا يرث إنسان من آخر الا مع تحقق حيات الوارث بعد الموروث. ومع حصول الشك في السبب ، أي في سبب الإرث ، وهو حيات الوارث بعد موت الموروث لا يخلو اما ان يكون حصول الموت عن سبب أولا عنه ، وفي الثاني لا توارث بينهم إجماعا ، كما لو ماتا حتف أنفهما واشتبه تقدم موت أحدهما على الآخر. وان كان عن سبب ، فان كان غرقا أو هدمًا توارثا إجماعا ، وان كان غيرهما كالخرق والتدخين والقتل فيه مذهبان.

نص ابن حمزة ^(١) والتقي على التوارث ^(٢) كالغرق ، وهو ظاهر الشيخ في النهاية ^(٣) وأبي علي ^(٤).

(١) الوسيلة : فصل في بيان ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٤٠٠ س ١٧ قال : إذا غرق اثنان أو أكثر دفعة أو احترقا ، أو هدم عليهم ، أو قتلوا الى ان قال : والثالث : يورث كل واحد منهما من صاحبه إلخ.
(٢) الكافي : الإرث ص ٣٧٦ س ٩ قال : وان لم يعلم ذلك من حالهم لهدم أو غرق أو قتل معركة أو غير ذلك ورث بعضهم من بعض.

(٣) النهاية : باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٦٧٤ س ٩ قال : إذا غرق جماعة ، أو انهدم عليهم حائط وما أشبه ذلك.

(٤) المختلف : القول في ميراث الغرقى ص ١٩٨ س ٢٧ قال : وقال ابن الجنييد : القرابات إذا ماتوا معا

ومع الشرائط يورث الأضعف أولاً ، ثم الأقوى ، ولا يورث مما ورث منه . وفيه قول آخر ^(١) . والتقدم على الاستحباب أشبه .

فلو غرق أب وابن ، ورث الأب أولاً نصيبه ، ثم ورث الابن من أصل تركته أبيه مما لا ورث منه ، ثم يعطى نصيب كل منهما لوارثه .

وقصره المفيد على السببين ^(١) واختاره فخر المحققين ^(٢) وتردد المصنف في كتابيه ^(٣) .
^(٤) .

احتج الأولون : بأن العلة الاشتباه ، وهي موجودة في القتل والحريق ، ووجود العلة يستلزم وجود معلولها .

وأجيب بمنع عليّة الاشتباه مطلقاً ، ولم لا يجوز ان يكون الاشتباه المستند الى احد السببين .

احتج الآخرون : بأن الأصل كون الإرث مشروط بحياة الوارث بعد موت المورث ، وهو هنا مجهول ، ولا يجوز الحكم بالمشروط مع الجهل بالشرط ، ترك العمل بذلك في الغرقى والمهدوم عليهم للنص والإجماع فيبقى الباقي على أصله .

قال طاب ثراه : ومع الشرائط يورث الأضعف ثم الأقوى ، ولا يورث مما ورث منه ، وفيه قول آخر . ^(١)

الى قوله : وهو يدل على تعميم الحكم .

(١) المقنعة : باب ميراث الغرقى ص ١٠٧ س ٣٥ قال : إذا غرق جماعة يتوارثون أو اتهدم عليهم جدار أو وقع عليهم سقف إلخ .

(٢) الإيضاح : ج ٤ في ميراث الغرقى ص ٢٧٦ س ٢١ قال : واختار المصنف في المختلف الأول (أي الغرقى والمهدوم عليهم) وهو الأصح عندي .

(٣) لاحظ عبارة النافع .

(٤) الشرائع : في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ، قال : وفي ثبوت هذا الحكم بغير سبب الهدم والغرق . تردد .

ولو كان لأحدهما وارث أعطى ما اجتمع لدى الوارث لهم ، وما اجتمع للآخر للإمام. ولو لم يكن لهما غيرهما انتقل مال كل منهما الى الآخر ، ثمَّ منهما الى الامام. وإذا لم يكن بينهما تفاوت في الاستحقاق سقط اعتبار التقديم ، كأخوين ، فإن كان لهما مال ولا مشارك لهما انتقل مال كل منهما الى صاحبه ثمَّ منهما الى ورثتهما. وان كان لأحدهما مال صار ماله لأخيه

أقول : في كيفية التوريث مسألتان :

(الأولى) إذا ورثنا أحدهما من صاحبه ، ثمَّ أردنا توريث الآخر ، فهل نورثه من تلاد ماله دون طارفه ، أو منهما جميعاً؟ الشيخ ^(١) والقديمان ^(٢) ^(٣) وابن حمزة ^(٤) والتقي ^(٥) والقاضي ^(٦) على الأول واختاره المصنف ^(٧) والعلامة ^(٨).

(١) النهاية : باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٦٧٤ قال في ميراث الزوج والزوجة : ويورث الزوج منها حقه من نفس تركتها ، لا مما ورثته الى غير ذلك من أمثله.

(٢) المختلف : في ميراث الغرقى ، ص ١٩٨ س ٦ قال : وقال ابن الجنيدي : الى قوله : ورث بعضهم من بعض من صلب مال كل واحد منهم قبل ميراثه من صاحبه ، الى قوله : وقال ابن أبي عقيل : ولا يرثون مما يورث بعضهم بعضاً شيئاً.

(٣) المختلف : في ميراث الغرقى ، ص ١٩٨ س ٦ قال : وقال ابن الجنيدي : الى قوله : ورث بعضهم من بعض من صلب مال كل واحد منهم قبل ميراثه من صاحبه ، الى قوله : وقال ابن أبي عقيل : ولا يرثون مما يورث بعضهم بعضاً شيئاً.

(٤) الوسيلة : في بيان ميراث الغرقى ص ٤٠١ س ١ قال : يورث كل واحد منهما من صاحبه من نفس تركته دون ما ورثه منه.

(٥) الكافي : الإرث ، ص ٣٧٦ س ١٠ قال : ورث بعضهم من بعض ما كان له قبل الموت ، دون ما ورثه من صاحبه.

(٦) المهذب : ج ٢ باب ميراث الغرقى ص ١٦٨ س ٧ قال : يورث بعضهم من بعض من نفس تركته لا مما يرثه من الآخر.

(٧) لاحظ ما اختاره النافع.

(٨) المختلف : في ميراث الغرقى ص ١٩٨ س ١٠ قال بعد نقل قول الشيخ ومن تبعه ثمَّ من بعده قول المفيد : والمعتمد الأول.

ومنه الى ورثته ولم يكن للآخر شيء. ولو لم يكن لهما وارث انتقل المال الى الامام.
ولو ماتا حتف أنفهما لم يتوارثا وكان ميراث كل منهما لوارثه.

والمفيد ^(١) وتلميذه ^(٢) على الثاني.

احتج الأولون بوجوه :

(أ) ان ذلك يستلزم المحال ، لان توريثه مما ورث منه يستدعي فرض الحياة بعد الموت وهو محال عادة.

فإن قلت : هذا الاشكال وارد على كل واحد من التقديرين ، لأنك تفرض موت أحدهما وتورث الآخر منه ، ثم تفرض موت الثاني وتورث منه من فرضت موته أولا ، فقد لزم منه فرض الحياة بعد الموت ، هذا محال.

أجيب : بالفرق بين التقديرين ، وذلك ظاهر ، لأننا إذا فرضنا موت أحدهما وحياة الآخر بعده وورثنا الآخر منه ، قطعنا النظر عن هذا الفرض ، ثم نفرض موت الآخر وحياة الأول كأثنا لم نفرض موت الأول ولم نجعل للثاني منه ميراثا ، بخلاف ما إذا ورثنا الأول من الثاني مما كان قد ورثه الثاني من الأول ، فإنه يلزم فرض موت الأول وحياته في حالة واحدة وهو محال.

(ب) صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في أخوين ماتا لأحدهما مائة ألف درهم ، والآخر ليس له شيء ، ركبا في السفينة فغرقا ، فلم يدر أيهما مات أولا ، فإن الميراث لورثة الذي ليس له شيء وليس لورثة الذي له

(١) المقنعة : باب ميراث الغرقى ص ١٠٧ س ٢ قال في مفروض غرق الأب والابن : فيورث منه ما كان ورثه من جهته وما كان يملكه سوى ذلك الى وقت وفاته.

(٢) المراسم : ذكر ميراث الغرقى ص ٢٢٥ س ١٦ قال في مفروض غرق الأب والابن : فيرث كل ماله وما ورثه منه.

.....

المال الشيء^(١).

(ج) ما رواه حمران بن أعين عمن ذكره عن أمير المؤمنين عليه السلام في قوم غرقوا جميعاً أهل البيت ، قال : يورث هؤلاء من هؤلاء ، وهؤلاء من هؤلاء ، ولا يورث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء شيئاً ، ولا يورث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء شيئاً^(٢).

(د) لو ورث مما ورث منه صاحبه لم ينقطع القسمة أبداً قاله في المبسوط^(٣).

(هـ) تخيير الحاكم في تكثير نصيب ورثة احد الميتين ، فإنّ من قدّمه في التوريث له دخل النقص على ورثته ، اللهم الا ان يقال بوجوب تقديم الأضعف ، ولا يتم في مثل الأخوين.

احتج الآخرون بوجوب تقديم الأضعف في التوريث ، فلو لا القول بوجوب التوارث مما ورث من صاحبه لم يكن للتقديم مزية.

وأجيب : بان عدم العلم بالفائدة لا يستلزم عدمها ، فإن أكثر علل الشرع ، والمصالح المعتبرة في نظره ، خفية عنا ، تعجز عقولنا عن إدراكها ، والواجب اتباع النص من غير نظر الى علة محصلة ، مع انا نمنع وجوب التقديم ، بل هو على الاستحباب ، ثم لا يطرد هذا التعليل فيما إذا كانا متساويين كالأخوين.

(الثانية) هل يجب تقديم الأكثر نصيباً في الموت وتوريث الأضعف منه ، أم

(١) التهذيب : ج ٩ (٣٦) باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم في وقت واحد ص ٣٦٠ قطعة من حديث ٦ وفي معناه حديث ٧.

(٢) التهذيب : ج ٩ (٣٦) باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم في وقت واحد ص ٣٦٢ الحديث ١٤.

(٣) المبسوط : ج ٤ فصل في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ١١٨ س ٥ قال : ورث بعضهم من بعض من نفس التركة لا مما يرثه من الآخر ، لأننا ان ورثناه مما يرثه منه لما انفصلت القسمة أبداً.

لا؟ ، الأول اختيار المفيد ^(١) وسالار ^(٢) وابن إدريس ^(٣) وظاهر كلام الشيخ في النهاية ^(٤) والصدوقين ^(٥) ^(٦).

وفي المبسوط : لا يتغير به حكم غير انا نتبع الأثر في ذلك ^(٧).

والثاني مذهب الشيخ في الخلاف ^(٨) والإيجاز ^(٩) وهو ظاهر التقى ^(١٠) وابن

(١) المقنعة : باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ١٠٦ س ٣٦ قال : فيقدم أضعفهم سهما في التوريث ويؤخر أوفرهم سهما فيه.

(٢) المراسم : ذكر ميراث الغرقى ومن اتهم عليه ص ٢٢٥ س ١٤ قال : بان يقدم أضعفهم سهما ويؤخر أقواهم سهما.

(٣) السرائر : كتاب الميراث ص ٤١٢ س ١٥ قال : وروى أصحابنا انه يقدم أضعفهم نصيبا في الاستحقاق ويؤخر الأقوى.

(٤) النهاية : باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٦٧٤ س ١٢ قال : يقدم الأضعف في استحقاق الميراث ويؤخر الأقوى.

(٥) المنقح : باب الموارث ص ١٧٨ س ٦ قال : وإذا غرق رجل وامرأة إلى قوله : يورث المرأة من الرجل ثم يورث الرجل من المرأة ، إلى ورث الأب من الابن ثم ورث الابن من الأب إلخ ففي الأمثلة قدم الأضعف كما ترى.

(٦) كشف الرموز : ج ٢ في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٤٧٩ س ١ قال : وهكذا يظهر من كلام ابني بابويه (اي وجوب تقدم الأضعف).

(٧) المبسوط : ج ٤ فصل في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ١١٨ س ٧ قال : وقد روى أصحابنا إلى قوله : وهذا مما لا يتغير به حكم إلخ.

(٨) كتاب الخلاف : كتاب الفرائض مسألة ٢٣ قال : المهدوم عليهم والغرقى الى قوله : فإنه يورث بعضهم من بعض إلخ فإنه لم يطلق ولم يتعرض لتقدم الأضعف.

(٩) الإيجاز : في ضمن الرسائل العشر ، فصل في ذكر ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٤٧٩ س ٥ قال : وأيهما قدمت كان جائزا لا يختلف الحال فيه.

(١٠) الكافي : الإرث ص ٣٧٦ س ١٠ قال : ورث بعضهم من بعض الى قوله : والا ولى تقدم الأضعف في التوريث.

الرابع : في ميراث المجوس.

وقد اختلف الأصحاب فيه : فالمحكي عن يونس : انه لا يورثهم الا بالصحيح من النسب والسبب.

وعن الفضل بن شاذان : انه يورثهم بالنسب صحيحه وفاسده ، والسبب الصحيح خاصة ، وتابعه المفيد رحمه الله.

زهرة^(١) والكيدري^(٢) واختاره المصنف^(٣) والعلامة^(٤).

احتج الأولون : برواية عبيد بن زرارة قال : سألت الباقر عليه السلام عن رجل سقط عليه وعلى امرأته بيت فقال : تورث المرأة من الرجل ثم الرجل من المرأة^(٥) وبأنه أحوط. احتج الآخرون : بأصالة براءة الذمة ، ولا ثمة في تحقيقه الا على قول المفيد.

(الرابع) في ميراث المجوس

قال طاب ثراه : وقد اختلف الأصحاب فيه الى آخره.

(١) الغنية (في ضمن الجوامع الفقهية) في أحكام الميراث ص ٦٠٨ س ٣١ قال : وأيهما قدم في التورث جاز ، وروى ان الاولى تقدم الأضعف.

(٢) مفتاح الكرامة : ج ٨ كتاب الفرائض ص ٢٦٣ س ١٨ قال : وهو (اي عدم الوجوب) المحكي عن الإيجاز والإصباح وعن القطب علي بن مسعود.

(٣) الشرائع : الفصل الثالث في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم قال : وفي وجوب تقدم الأضعف في التورث تردد.

(٤) المختلف : ج ٢ في ميراث الغرقى ص ١٩٨ س ١٩ قال : وقال في الإيجاز انه غير واجب وهو المعتمد.

(٥) التهذيب : ج ٩ (٣٦) باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٣٥٩ الحديث ١ وفيه قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام.

وقال الشيخ : يورثون بالصحيح والفساد فيهما. واختيار الفضل أشبه.
ولو خلف أمّا هي زوجة ، فلها نصيب الام دون الزوجة.

أقول : المجوسي قد ينكح المحرمات لشبهة دينه ، وهو من المحرف في مذهبهم ،
فيحصل له نسب صحيح وفساد وسبب صحيح وفساد ، كما لو تزوج بامه فأولد منها بنتا ،
فنسب البنت فاسد ، وسبب الام فاسد.

فهل يقع التوريث بينهم بالصحيح والفساد منهما؟ أو لا يقع الا بالصحيح منهما؟
أو بصحيح النسب وفساده؟ دون فساد السبب؟ والرابع باطل بالإجماع ، فالأقوال اذن ثلاثة
:

(الأول) مذهب الشيخ رحمه الله : اعني توريثه بالصحيح والفساد منهما قاله في
النهاية ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) والتقي ^(٣) وسالار ^(٤) وابن حمزة ^(٥).
والدليل وجوه :

(١) النهاية : باب ميراث المجوس ، وسائر أصناف الكفار ص ٦٨٣ س ١٤ قال : وقال قوم : انهم يورثون من
الجهتين معا ، الى قوله : هذا القول عندي هو المعتمد عليه.

(٢) المهذب : ج ٢ باب ميراث المجوس ص ١٧٠ س ١٢ قال : المجوس يرثون بالأنساب والأسباب صحيحة
كانت أو غير صحيحة.

(٣) الكافي : الإرث ص ٣٧٦ س ١٨ قال : وأهل الملل المختلفة في الكفر. ورثوا على الأنساب والأسباب الثابتة
في ملة الإسلام الى ان قال : أو مجوسيان تحكما إلينا أحدهما ابن وزوج لمورثه والآخر أب وأخ فالحكم ان يبطل
ميراث الأبوة والاختوة ، لأن الأب هنا تزوج بامه إلخ. ولا يخفى ان هذا مخالف لما ادعاه المصنف ، فافهم.

(٤) المراسم : ذكر ميراث المجوسي ص ٢٢٤ س ٨ قال : اي مجوسي ترك امه وهي زوجته ، فإنها ترث من
وجهين.

(٥) الوسيلة : فصل في بيان ميراث المجوس ص ٤٠٣ س ٧ قال : أحدها انما ترث بكل نسب وسبب صحيحين
أو فاسدين الى ان قال : ونحن نقول بالقول الأول.

(أ) انهم يقرون على معتقدهم.

(ب) ما روي ان رجلا سب مجوسيا بحضرة الصادق عليه السلام ، فزيره ونهاه ، فقال : انه تزوج بامه ، فقال : اما علمت ان ذلك عندهم النكاح ^(١).

(ج) ما روي عنه عليه السلام : كل قوم دانوا بشيء يلزمهم حكمه ^(٢).

(د) روى المغيرة عن السكوني عن جعفر ، عن أبيه عن علي عليهم السلام : انه كان يورث المجوسي إذا تزوج بامه من وجهين : من وجه انها امه ، ومن وجه انها زوجته ^(٣).

(الثاني) مذهب يونس بن عبد الرحمن. كان في زمان الصادق عليه السلام ، له مصنفات كثيرة قريب أربعمئة مصنف ، وهو عدم توريثه الا بالصحيح منها.

والدليل قوله تعالى ﴿فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾. ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ﴾ ^(٤) ولا شيء من الفاسد بقسط. ﴿وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ﴾ ^(٥) ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ ^(٦).

واختاره التقي ^(٧) وابن إدريس ^(٨) ونقله المفيد في كتاب الاعلام ^(٩)

(١) التهذيب : ج ٩ (٣٧) باب ميراث المجوس ص ٣٦٥ الحديث ٢.

(٢) التهذيب : ج ٩ (٣٧) باب ميراث المجوس ص ٣٦٥ الحديث ٣.

(٣) التهذيب : ج ٩ (٣٧) باب ميراث المجوس ص ٣٦٤ الحديث ١.

(٤) المائدة : ٤٢.

(٥) الكهف : ٢٩.

(٦) المائدة : ٤٩.

(٧) الكافي : الإثرت ص ٣٧٦ س ١٨ قال : وأهل الملل المختلفة في الكفر الى قوله : ورثوا على الأنساب والأسباب الثابتة في ملة الإسلام إلخ.

(٨) السرائر : في ميراث المجوس ص ٤٠٩ س ٩ قال بعد نقل قول المفيد كتاب الاعلام : والى هذا القول اذهب وعليه اعتمد وبه افق.

(٩) الاعلام : في ضمن عدة رسائل ص ٣٤١ س ١٥ قال : فان ميراث المجوس عند جمهور الإمامية يكون من جهة النسب الصحيح إلخ.

ولو خلف جدة هي أخت ورثت بهما. ولا كذا لو خلف بنتا هي أخت ، لأنه لا ميراث للأخت مع البنت.

والسيد في الموصليات الثانية ^(١).

(الثالث) مذهب الفضل بن شاذان ، وهو توريثه بالنسب مطلقا ، وبالسبب الصحيح خاصة ^(٢) واختاره المصنف ونقله عن المفيد ^(٣) وهو مذهب العلامة ^(٤) وظاهر الحسن ^(٥) والصدوق ^(٦).

والدليل : انه من الأنساب الحاصلة عن نكاح فاسد عندنا صحيح عندهم ، وقد أقرهم الشارع عليه ، فلا أقل من ان يكون شبهة ، والمسلم يرث به فالجوسي أولى. واما السبب الفاسد فيلغى في شرع الإسلام ، فلا يوجب إرثا.

قال طاب ثراه : ولو خلف جدة هي أخت ورثت بهما ، ولا كذا لو خلف بنتا هي أخت لأنه لا ميراث للأخت مع البنت.

أقول : هذا تفريع على توريثه بالنسب الفاسد.

فنقول : إذا اجتمع للوارث سببان يستحق بهما الإرث ، فان لم يمنع أحدهما

(١) رسائل الشريف المرتضى : ج ١ جوابات المسائل الموصليات الثالثة ص ٢٦٦ المسألة التاسعة والمائة ، قال : وان ميراث المجوس عن جهة النسب الصحيح دون النكاح الفاسد.

(٢) التهذيب : ج ٩ (٣٧) باب ميراث المجوس ص ٣٦٤ س ١٠ قال : وقال الفضل بن شاذان إلخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) القواعد : ج ٢ ، الفصل الرابع في ميراث المجوس ص ١٩٠ س ٢٢ قال : وقيل : يورثون بالأنساب الصحيحة والفسادة والأسباب الصحيحة خاصة ، وهو الأقرب.

(٥) المختلف : ج ٢ ، القول في ميراث المجوس ص ١٩٦ س ٨ قال : وقال ابن عقيل : والمجوس عند آل الرسول عليهم السلام يورثون بالنسب ، ولا يورثون بالنكاح.

(٦) الفقيه : ج ٤ (١٧٤) باب ميراث المجوس ص ٢٤٨ قال : المجوس يرثون بالنسب ولا يرثون بالنكاح الفاسد إلخ. وفي المقنع : باب الموارث ص ١٧٩ س ٤ قال : واما موارث أهل الكتاب والمجوس : فإنهم يورثون من جهة القرابة ويبطل ما سوى ذلك من ولادتهم.

خاتمة

في حساب الفرائض

مخارج الفروض ستة. ونعني بالمخرج أقل عدد يخرج منه ذلك الجزء صحيحا. فالنصف من اثنين. والرابع من أربعة. والثلث من ثمانية ، والثلثان والثلث من ثلاثة ، والسدس من ستة.

الآخر ورث بهما ، كجدّة هي أختة. وتصويره : محوسي تزوج بنت بنته ، فأولد منها ولدا ، فالبنت الاولى جدته لامّة ، وهي أختة لأبيه. وان منع أحدهما الآخر ورث بالمانع. وفيه مسائل :

(أ) بنت هي بنت بنت ، وتصويره ظاهر ، فيكون لها نصيب البنت دون بنت البنت. (ب) عمّة هي أخت من أب ، لها ميراث الأخت دون العمّة. وتصويره : محوسي تزوج بامه ، فأولد منها بنتا وله ولد ، فالبنت أخت هذا الولد لأبيه ، وعمته أيضا لأنها أخت أبيه.

(ج) عمته هي أخت من أم : كما لو تزوج جده بامه فأولد منها بنتا ، فهي عمتها لكونها أخت أبيه ، وأختة لأنها من امه.

(د) عمته هي بنت عمه : وتصويره : محوسي تزوج ببنته فأولد منها بنتا وله ولد ، فهي أختة وبنت أختة ، فلو كان لهذا الولد ابن لكانت عمته وبنت عمته.

(هـ) بنت بنت وهي بنت أخت : وتصويره : محوسي تزوج بامه فأولدها بنتا ،

والفريضة اما بقدر السهام ، أو أقل أو أكثر.

فما كان بقدرها : فان انقسم من غير كسر ، والا فاضرب عدد من انكسر عليهم في أصل الفريضة ، مثل أبوين وخمس بنات ، تنكسر الأربعة على الخمسة فتضرب خمسة في أصل الفريضة ، فما اجتمع فمنه الفريضة ، لأنه لا وفق بين نصيبهن وعددهن. ولو كان وفق ضريت الوفق من العدد ، لا من النصيب في أصل الفريضة مثل أبوين وست بنات ، للبنات أربعة. بين نصيبهن وهو أربعة وعددهن وهو ستة وفق ، وهو النصف ، فيضرب الوفق من العدد وهو ثلاثة في أصل الفريضة وهو ستة ، فما اجتمع صحت منه.

ولو نقصت الفريضة بدخول الزوج أو الزوجة ، فلا عول ، ويدخل النقص على البنت أو البنات ، أو من يتقرب بالأب والام ، أو الأب ، مثل : أبوين وزوج وبنت ، فلأبوين السدسان وللزوج الربع والباقي للبنت.

وكذا الأبوان أو أحدهما وبنت أو بنات وزوج ، النقص يدخل على البنت أو البنات ، واثنان من ولد الام ، والأختان للأب والام ، أو للأب مع زوج أو زوجة ، يدخل النقص على من يتقرب بالأب والام ، أو الأب خاصة.

ثم تزوج البنت فأولدها بنتا ، فالبنت الثانية بنت بنته ، وهي بنت أخته لأن البنت الاولى أخته لأمه.

(و) جدة لأب هي أخت لأم ، وتصويره : محوسي تزوج بأم امه فأولد منها ولدا ، فأم الأب أخت هذا الولد لكونها بنت امه ، وجدته لكونها أم أبيه.

ثمَّ ان انقسمت الفريضة على صحة ، والا ضربت سهام من انكسر عليهم في أصل الفريضة.

ولو زادت الفريضة كان الرد على ذوي السهام دون غيرهم.
ولا تعصيب. ولا يرد على الزوج والزوجة ، ولا على الام مع وجود من يحجبها ، مثل أبوين وبنت ، فاذا لم يكن حاجب فالرد أخماسا.
وان كان حاجب فالرد أرباعا ، تضرب مخرج سهام الرد في أصل الفريضة ، فما اجتمع صحت منه الفريضة.

تتمة

في المناسخات

ونعني به ان يموت الإنسان فلا تقسم تركته ، ثمَّ يموت أحد وراثه ، ويتعلق الغرض بقسمة الفريضتين من أصل واحد.
فان اختلف الوارث ، أو الاستحقاق ، أو هما ونهض نصيب الثاني بالقسمة على وراثه ، والا فاضرب الوفق من الفريضة الثانية في الفريضة الاولى ، ان كان بين الفريضتين وفق. وان لم يكن فاضرب الفريضة الثانية في الأولى فما بلغ صحت منه الفريضتان.

قال طاب ثراه : تتمة في المناسخات الى آخره.

أقول : اشتقاق المناسخات من النسخ ، وهو في اللغة النقل والتحويل ^(١) تقول : نسخت الكتاب إذا نقلته ، ونسخت الشمس الظل إذا حولته.

(١) مصباح المنير : ص ٨٢٧ لغة (نسخت).

وعند الفقهاء : معنى المناسحات ان يموت إنسان فلا تقسم تركته ، ثم يموت بعض وراثته ، ويتعلق الغرض بقسمة الفريضتين من أصل واحد ، اي نفرض التركة أصلاً واحداً إذا قسم على ورثة الأول كان الحاصل للميت الثاني من ذلك الأصل منقسماً على ورثته من غير كسر.

فاما ان يختلف الوارث أو الاستحقاق ، أو هما ، أو يتحدان ، وينهض نصيب الثاني بالقسمة على ورثته أو لا ينهض ، وإذا لم ينهض فاما ان يكون بين نصيب ميت الثاني وفريضته وفق أو لا يكون.

فهنا ثلاثة فصول :

(الأول) ان ينهض النصيب بالقسمة على تقدير الأقسام الأربعة :

(أ) اتحاد الوارث والاستحقاق ، كإخوة ثلاثة ، ثم مات أخ ثم مات آخر وبقي أخ ، فالمال له ، فوارث الثاني بعينه هو الوارث الأول ، والاستحقاق في الصورتين بالاخوة.

(ب) اختلافهما كأخوين مات أحدهما ثم مات الآخر عن ابن ، فالمال له ، فوارث الثاني غير الأول والاستحقاق في الأولى كان بالاخوة وفي الثانية بالبنوة.

(ج) اختلاف الوارث خاصة كإنسان مات عن ولدين ، ثم مات أحدهما عن ابن ، فله ما كان لأبيه ، فوارث الثاني غير وارث الأول ، والاستحقاق في كل من الفريضتين بالبنوة.

(د) اختلاف الاستحقاق خاصة كإنسان مات وترك زوجه وابناً ، ثم تموت الزوجة عن هذا الابن ، فله ثمنها ، فوارث الثاني هو بعينه وارث الأول ، والاستحقاق في الأول كان بالزوجية وفي الثاني بالبنوة.

وفي هذه الصور الأربعة نصيب الثاني من الفريضة الأولى ناهض بالقسمة على ورثته من غير كسر على ما مثلناه.

(الفصل الثاني) ان لا ينهض ويكون بين نصيب الثاني وفريضة وفق ، فاضرب الوفق من الفريضة الثانية في الفريضة الأولى. مثاله : زوج واخوان من أم ومثلهما من أب ، ثم يموت الزوج ويترك ابنا وبنتين ، فالفريضة الاولى من ستة ، للزوج ثلاثة ، ولاخوي الام سهمان ، ولاخوي الأب سهم ، لا ينقسم عليهما ، فينكسر في مخرج النصف ، هو اثنان فتضربه في الفريضة الأولى تبلغ اثنا عشر ، نصيب الزوج منها ستة وفريضته أربعة لا ينقسم على صحة ، لكن توافقها بالنصف ، فتضرب النصف من الفريضة الثانية وهي أربعة في الفريضة الاولى وهي اثني عشر ، واليه أشار بقوله : (فاضرب الوفق من الفريضة الثانية في الفريضة الأولى) تبلغ أربعة وعشرين ، فيكون للزوج اثني عشر وفي فريضته أربعة ، فيأخذ الابن ستة وكل من البنين ثلاثة.

(الفصل الثالث) ان لا يكون بين فريضة الثاني ونصيبه وفق ، كزوج وأخ للأب وأخوين للأم ، ثم يموت الزوج عن ابنين وبنت ، فالفريضة الاولى من ستة ، نصيب الثاني منها ثلاثة وفريضة خمسة ، ولا توافق بينهما فاضرب الفريضة الثانية أعني خمسة في الفريضة الاولى وهي ستة ، تبلغ ثلاثين ، وكل من كان له شيء أخذه مضروباً في خمسة ، فللزوج خمسة عشر ، ولكل من الابنين ستة ، وللبنت ثلاثة.

وقوله : (ان نحض نصيب الثاني بالقسمة ، والا فاضرب الوفق من الفريضة الثانية في الاولى ان كان بين الفريضتين وفق) وفيه إغفال ، ولعله سهو القلم ، والصواب ان يقال : ان كان بين نصيب الميت الثاني وفريضته ، لان اعتبار الوفق وعدمه انما هو بين نصيب الميت الثاني وفريضته كما صورناه ، لا بين فريضة الأول والثاني.

خاتمة

في تحقيق فقه الموارث

اعلم : ان مراتب الإنسان ثلاثة.

لأن الوارث ان تقرب الى الميت بغير واسطة ، فهو المرتبة الاولى ، وهم الإباء والأولاد .
والمراد بالجمع في الآباء هنا ، ما فوق الواحد ، لا الجمع الحقيقي الذي أقله ثلاثة ،
لأن غاية الاجتماع حصول الطرفين ، وهما الأب والام ، ولو حصلت الواسطة في الإباء صار
جدا وخرج عن الاستحقاق وصار في المرتبة الثانية .

واما تعدد الواسطة في الأولاد بالتسافل ، فلا يخرجهم عن كونهم من المرتبة الأولى ،
لكن لو اجتمعوا بطونا متنازلة فالأدنى إلى الميت يمنع الأبعد ، فبنت البنت اولى من ابن ابن
الابن ، ويقاسمون الأبوين وان نزلوا ، كما يحجبون الزوج والزوجة من النصيب الأعلى .

وان تقرب الى الميت بواسطة فهو المرتبة الثانية ، وهو الاخوة والأجداد ، لأن كل
واحد من هاتين الطبقتين يتقرب الى الميت بواسطة واحدة ، هي الأب أو الأم . ولو
تصاعدت هذه الواسطة في الأجداد ، أو تنازلت في الإخوة كان الأقرب من كل طبقة اولى
من الأبعد منها ، لا من الطبقة الأخرى ، فالجد البعيد لا يمنع الأخ القريب ، وكذلك الجد
وان قرب يقاسمه أولاد الاخوة وان نزلوا ، وقد بينا ما يتفرع على هذه القواعد في تحقيق
الأجداد .

وان تقرب الى الميت بواسطة ، فهو المرتبة الثالثة ، وهم الأعمام والأخوال ، لأنهم
يتقربون الى الميت بواسطة الأب والجد ، لأنهم أولاد الأجداد . وهاتان الطبقتان طبقة واحدة
لا يختلف حكمهما ، فالأدنى إلى الميت منهما يمنع الأبعد من الطبقة الأخرى ^(١) فالخاله تمنع
ابن العم وكذا إذا اجتمعوا بطونا نازلة فالأدنى إلى الميت يمنع الأبعد فبنت الخالة تمنع ابن ابن
العم ، وهكذا إلا في المسألة الإجماعية

(١) في كل : ﴿من طبقته ومن الطبقة الأخرى﴾ .

وقد مرّ تحقيقها.

هنا مسائل

(الأولى) إذا اجتمع الاخوة المتفرقون كان للواحد من كلاله الأم السدس ، وللاثنين فصاعدا الثلث ذكرانا كانوا أو إناثا ، للذكر مثل الأنثى ، والباقي لكلاله الأبوين ، ويسقط المتقرب بالأب وحده ، ولو عدم المتقرب بالأبوين قام مقامهم كلاله الأب في كل الاحكام الا في اختصاصهم بالرد إذا أبقت الفريضة ، فإن فيه خلافا مرّ تحقيقه. ولو شاركهم زوج أو زوجة : أخذ كلاله الأم نصيبهم موفرا من أصل التركة كما لو لم يكن زوج ، وكان النقص داخلا على كلاله الأب ، كان الزائد لهم.

(الثانية) لو عدم الاخوة قام أولادهم مقامهم كما يقوم جد الأب مقام الجد مع عدمه ، ويأخذ كل منهم نصيب من يتقرب به ، فلأولاد الواحد من ولد الام السدس وان كانوا جماعة ، ولأولاد الابنين فما زاد الثلث ، ويأخذ كل نصيب من يتقرب به ، فلو كانا أخوين وكان لأحدهما عشرة أولاد ، وللآخر بنتا واحدة ، أخذ العشرة السدس نصيب أبيهم ، والسدس الآخر للبنت نصيب أبيها ، ولأولاد أخوة الأبوين الباقي ، ويأخذ كل نصيب من يمت به. فلو اتحد ولد أحدهما وتعدد الآخر بان كانا أخوين وترك أحدهما جماعة والآخر واحدا ، أخذ الجماعة مثل الواحد ، لأنهم لا يأخذون ذلك تلقيا عن الميت ، بل عن مورثهم ، ويسقط أولاد المتقرب بالأب وحده مع المتقرب بالأبوين ، ويقومون مقامهم عند عدمهم ، وفي الرد الخلاف.

(الثالثة) لو اجتمع الأعمام والأخوال ، كان للأخوال الثلث وان كان واحدا ، وللأعمام الثلاثين وان كان عمة واحدة ، ولو اجتمع الأخوال وتفرقوا ، فلمن تقرب

.....

بالأم سدس الثلث ان كان واحدا وثلث الثلث ان كانوا أكثر ، والباقي للأخوال من الأبوين ، وسقط المتقرب بالأب وحده الا مع عدم المتقرب بالأبوين ، وقسمة الأخوال بالسوية للام كانوا أم للأب ، وللأعمام ثلثا التركة ، فإن تفرقوا كان لمن تقرب بالأم منهم سدس ما حصل للأعمام ان كان واحدا ، أو ثلثه ان كانوا أكثر ، فالقسمة بالسوية على قول الشيخ ، وأثلاثا على القول الأضعف ، وسقط المتقرب بالأب وحده الا مع عدم المتقرب بالأبوين فيقومون مقامهم.

ولو دخل عليهم زوج أو زوجة ، كان للخال ثلث الأصل ، وللزوج أو الزوجة نصيبهما الأعلى ، ودخل النقص على الأعمام ، فقد يكون للعم سدس السدس كما في هذه الصورة ، وقد يكون له سدس الأصل كما لو انفرد الأعمام.

(الرابعة) لو عدم العمومة والعمات والخؤلة والخالات قام أولادهم مقامهم وان نزلوا. ولو اجتمعوا بطونا متنازلة فالأقرب إلى الميت أولى من الأبعد ، ويأخذ كل فريق نصيب من يتقرب به ، فيرثون الميت تلقيا عمن تقربوا به ، فيأخذون ما كان نصيبه ، فأولاد الواحد من كلاله الأم ، يأخذون السدس ، وان كانوا جماعة للذكر مثل حظ الأنثى ، وأولاد عم الأبوين يأخذون الثلثين ، ويقوم مقامهم عند عدمهم أولاد الأعمام للأب وحده. وأولاد الأعمام والأخوال للميت وان نزلوا أولى من عمومة الأب وعماته وخثولته وخالاته ، فإن عدم أولاد الأعمام ومشاركوهم وان نزلوا كان الميراث لعمومة الأب وعماته وخثولته وخالاته ، وبعدهم لأولادهم وأولاد أولادهم ، ويأخذ كل نصيب من يتقرب به ، وتجري السياقة فيهم كما تقدم في عمومة الميت. فان عدم الجميع كان الميراث لعمومة الجد وبعدهم لأولادهم وان سفلوا ، ثم ينتقل إلى عمومة جد الجد وهكذا ، ولو تفرقوا جرت السياقة فيهم كما تقدم.

كتاب القضاء

كتاب القضاء

مقدمات

(الاولى) القضاء ولاية الحكم شرعا لمن له الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية ، على أشخاص معينة بشرية ، متعلقة بإثبات الحقوق ، واستيفائها.

وله مبدأ ، وغاية ، وخاصة. فمبدأه الرئاسة العامة في أمور الدين والدنيا. وغايته قطع المنازعة بين الخصوم. وخواصه عدم نقضه باجتهد ، وصيرورته أصلا لقضية ^(١) غيره من القضاة وان خالف اجتهاده ، لا دليلا قطعيا. ويلزم المشهود عليه والشهود ، ومن ثم عزم الشاهد برجوعه.

(الثانية) القضاء من مهمات نظام النوع وأسنى المطالب الدينية.

والأصل فيه : الكتاب ، والسنة ، والإجماع.

اما الكتاب : فقولته تعالى ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ ^(٢) ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ ^(٣) ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ ^(٤) ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ ^(٥)

الى غير ذلك من الآيات الدالة على مشروعية القضاء.

وأما السنة : فكقول النبي صلى الله عليه وآله : إذا جلس القاضي في مجلسه

(١) في كل : ﴿لنصبه﴾.

(٢) البقرة : ٣٠.

(٣) ص : ٢٦.

(٤) النساء : ١٠٥.

(٥) المائدة : ٤٩.

هبط عليه ملكان يسددانه ويرشدانه ويوفّقانه ، فإذا جار عرجا وتركاه ^(١) ونصب صلى الله عليه وآله قضاة ، قال علي عليه السلام : بعثني رسول الله صلى الله عليه وآله الى اليمن قاضيا ^(٢) وبعث علي عليه السلام عبد الله بن العباس قاضيا إلى البصرة ^(٣).
أجمعت الأمة على تسويغته.

(الثالثة) القضاء من فروض الكفايات ، إذا قام به البعض سقط عن الباقي ، وقد يتعين إذا عينه الإمام ، أو لم يوجد غيره فإنه يجب عليه ان يعرف نفسه إذا لم يعرفه الامام.
ومع عدم وجوبه : يستحب توليه من قبل العادل الواثق بالقيام.
وهو من أفضل الأعمال.

أما أولا فلائته من المناصب الدينية وصناعة الأنبياء.
وأما ثانيا فلتعدى نفعه.

وأما ثالثا فلما فيه من تحشّم المشاق العظيمة ، وقال عليه السلام : أجرك على قدر نصبك ^(٤).

وروى عن ابن مسعود انه قال : لئن أجلس يوما فأقضي بين الناس أحبّ إليّ من عبادة سنة ^(٥).

(١) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٥١٥ الحديث ١ ولاحظ ما علق عليه ولا تغفل ، وفي المبسوط : ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ٨٣ وفيه (فان عدل أقاما).

(٢) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٥١٥ الحديث ٢ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٥١٥ الحديث ٣ ولاحظ ما علق عليه.

(٤) تلخيص التحبير لابن حجر العسقلاني : ج ٢ ص ١٧٧ الحديث ٢٠٦٣ ، ولفظه (قال : اشتهر ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لعائشة : أجرك على قدر نصبك).

(٥) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٥١٥ الحديث ٤ ولاحظ ما علق عليه ورواه الشيخ في المبسوط : ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ٨٢ س ٢.

وعن النبي صَلَّى الله عليه وآله : ان الله لا يقدّس امة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه^(١).

ولأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

قيل : قد روي عنه صَلَّى الله عليه وآله : من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين^(٢) وهذا الحديث يشعر بالترغيب عنه.

ولما طلب أبو قلابة للقضاء لحق بالشام ، واقام زمانا ، ثم جاء فلقيه أيوب السجستاني وقال له : لو انك وليت القضاء وعدلت بين الناس رجوت لك في ذلك اجرا ، فقال : يا أيوب ، السابح إذا وقع في البحر كم عسى ان يسبح؟!^(٣).

وأجيب عن الأول : بأن الحديث لم يخرج مخرج الذم ، بل المراد به بيان اشتماله على المشقة العظيمة والخطر الجسيم ، كيف لا وهو من مناصب الرسل والأوصياء عليهم السلام. وعن الثاني : بأنّ أبا قلابة كان من التابعين فلا يقدح خلافه في إجماع الأمة ، وجاز امتناعه لاحساسه بالعجز عن القيام به ، لأنه كان محدّثا لا فقيها ، قاله الشيخ رحمه الله^(٤). (الرابعة) يحرم على غير الواثق من نفسه بالقيام ، توليه وقوله.

(١) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٥١٥ الحديث ٥ ولاحظ ما علق عليه ورواه الشيخ في المبسوط : ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ٨٢ س ١١.

(٢) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٥١٦ الحديث ٦ ولاحظ ما علق عليه ، ورواه الشيخ في المبسوط : ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ٨٢ س ١٩ وتام الحديث (قيل : يا رسول الله ، وما الذبح؟ قال : نار جهنم).

(٣) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٥١٦ الحديث ٧ ولاحظ ما علق عليه.

(٤) المبسوط : ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ٨٢ س ٤.

روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله : من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين ، قيل : يا رسول الله وما الذبح؟ قال : نار جهنم^(١).

وعنه عليه السلام : يؤتى بالقاضي العدل يوم القيامة ، فمن شدة ما يلقاه من الحساب يود ان لم يكن قضى بين اثنين في ثمرة^(٢).

وعنه عليه السلام : يا أبا ذر اني أحب لك ما أحب لنفسي ، واني أراك ضعيفا مستضعفا ، فلا تأمر على اثنين ، وعليك بخاصة نفسك^(٣).

وروي ان لقمان في ابتداء امره كان نائما نصف النهار ، إذ جاءه نداء يا لقمان : هل لك ان يجعلك الله خليفة في الأرض تحكم بين الناس بالحق؟ فأجاب الصوت : ان خيرني ربي قبلت العافية ولم اقبل البلاء ، وان عزم علي فسمعا وطاعة ، فإني اعلم انه ان فعل بي ذلك أعاني وعصمني ، فقالت الملائكة بصوت لم يرههم : لم يا لقمان؟ قال : لأن الحكم أشد المنازل وأكدها ، يغشاها الظلم من كل مكان ، إن وفي فبالخري ان ينجو ، وان أخطأ أخطأ طريق الجنة ، ومن يكون في الدنيا ذليلا وفي الآخرة شريفا ، خير من ان يكون في الدنيا شريفا وفي الآخرة ذليلا ، ومن تخير الدنيا على الآخرة تفتنه الدنيا ولا نصيب له في الآخرة ، فعجبت الملائكة من حسن منطقته ، فنام نومة فاعطي الحكمة ، فانتبه يتكلم بها ، ثم كان يؤازر داود بحكمته ، فقال له داود : طوبى لك يا لقمان أعطيت الحكمة وصرفت عنك النعمة^(٤).

(١) تقدم آنفا.

(٢) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٥١٦ الحديث ٩ ولاحظ ما علق عليه ، ورواه في المبسوط : ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ٨٢ س ٢١.

(٣) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٥١٦ الحديث ١٠ ولاحظ ما علق عليه.

(٤) الوافي : ج ٣ باب ٢٢ مواعظ لقمان عليه السلام ص ٨٣ س ٣٤ ورواه القمي في تفسيره : ج ٢ ص ١٦٣ س ١ في تفسيره لسورة لقمان.

وروى احمد بن محمد بن خالد عن أبيه رفعه عن ابي عبد الله عليه السلام قال :
القضاة أربعة ، ثلاثة في النار وواحد في الجنة : رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار ،
ورجل قضى بالجور وهو لا يعلم انه قضى بالجور فهو في النار ، ورجل قضى بالحق وهو لا
يعلم فهو في النار ، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة ^(١).

(الخامسة) الناس في القضاء على أربعة أضرب :

(أ) من يجب عليه ، وهو جامع الشرائط ، إذا لم يجد الامام غيره ، فعلى الامام ان
يوليّه ، وعليه ان يقبل ، وان لم يعلم الامام به فعليه ان يعرّفه بنفسه لتولية القضاء ، لكونه
من فروض الكفايات.

(ب) من يحرم عليه وهو غير الجامع كالجاهل العدل أو العالم الفاسق.

(ج) من يستحب له وهو جامع الشرائط إذا لم يكن له من ماله كفاية وافتقر في
طلب الكفاية إلى الاشتغال بالمباح كالتيجارة وغيرها ، فلئن يلي القضاء ويصرف زمانه في
طاعة الله ويرتزق من بيت المال خير له من الاشتغال بالمباح.

(د) من كان له كفاية من ماله ، لا تخلو.

اما ان يكون مشهورا بالعلم ، معروفا بالفضل ، يقصده الناس يستفتونه ويتعلمون منه
، فالمستحب له ترك القضاء ، لان التدريس والتعليم طاعة وعبادة مع الأمن والسلامة من
ارتكاب الاخطار ، والقضاء وان كان طاعة لكنه مشتمل على الغرر وتطرق الضرر ، لقوله
عليه السلام من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين ^(٢).

(١) الكافي : ج ٧ باب أصناف القضاة ص ٤٠٧ الحديث ١ وتماه (وقال عليه السلام : الحكم حكمان ،
حكم الله وحكم الجاهلية فمن أخطأ حكم الله ، حكم بحكم الجاهلية).

(٢) درر الأحاديث النبوية بالأسانيد الحيوية ، باب في ذكر القضاء والقضايا ، وهو السابع عشر ص ١٤٥ س
٨ ولفظه (وبإسناده عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : من سأل القضاء وكل الى نفسه ،

كتاب القضاء

والنظر في الصفات والآداب ، وكيفية الحكم ، واحكام الدعوى .
والصفات ست : التكليف ، والايمان ، والعدالة ، وطهارة المولد ، والعلم ، والذكورة .
ويدخل في العدالة اشتراط الامانة والمحافظة على الواجبات .
ولا ينعقد الا لمن له أهلية الفتوى ، ولا يكفيهِ فتوى العلماء .
ولا بدّ أن يكون ضابطا ، فلو غلبه النسيان لم ينعقد له القضاء .
وهل يشترط علمه بالكتابة؟ الأشبه : نعم ^(١) ، لا يضطراره الى ما لا يتيسر لغير النبيّ
صلّى الله عليه وآله الا بها ، ولا ينعقد للمرأة .

واما ان يكون خاملا لا يعرف علمه ، ولا يعلم فضله ، ولا ينتفع الناس بعلمه ،
فالمستحب له ان يليه ليدل على فضله وإظهار علمه ، وانتفاع الناس به ، حتى قال بعضهم
: يجوز ان يبذل ما لا يلي القضاء ^(٢) .

قال طاب ثراه : وهل يشترط علمه بالكتابة؟ الأشبه : نعم .
أقول : ما اختاره المصنف ، وهو علمه بالكتابة ، مذهب الشيخ في المبسوط ^(٣)
ومختار العلامة ^(٤) لا يضطراره الى الضبط ، ولا يتم الا بها ، وللاحتياط .

ومن ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين).

(١) وفي هامش بعض النسخ ما لفظه (والأصح خلاف ذلك ، لان بذل المال على ذلك لا يجوز ، ولا للإمام ان
يأخذ على ذلك عوضا ، قاله الشيخ في المبسوط : ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ٨٤ س ١٦ قال : لأنّ بذل
المال على ذلك لا يجوز إلخ.

(٢) المبسوط : ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ١٢٠ س ٤ قال : والذي يقتضيه مذهبنا : ان الحاكم يجب ان
يكون عالما بالكتابة ، والنبي صلّى الله عليه وآله كان يحسن الكتابة بعد النبوة ، وانما لم يحسنها قبل البعثة .

(٣) القواعد : ج ٢ في صفات القاضي ص ٢٠١ س ٢٣ قال : وفي اشتراط علمه بالكتابة إشكال وكذا البصر
، والأقرب اشتراطهما .

وفي انعقاده للأعمى تردد^(١) ، والأقرب : انه لا ينعقد لمثل ما ذكرناه في الكتابة.

وقيل : بعدم الاشتراط^(٢) للأصل ، ولأن النبي صلى الله عليه وآله كان خاليا من الكتابة في أول أمره مع اختصاصه بالرئاسة العامة ، ومنصبه صلى الله عليه وآله أكمل المناصب ولم يشترط بها ، فلا يضر خلو غيره منها.

وأجيب بالفرق من وجوه :

(أ) عصمته صلى الله عليه وآله من الغلط والنسيان وجوازهما على غيره.

(ب) تأييده بالوحي المتواتر.

(ج) قوة حافظته ، فلا يحتاج إليها.

(د) خلوه عليه السلام منها زيادة في كماله ، وفي حق غيره نقص. مع ان في الآية^(٣)

الإيماء إلى سبب الخلو ، وهي ريبة أهل الجحود.

وانما قلنا في أول أمره؟ لأن الشيخ رحمه الله قال في المبسوط : انما كان خاليا من

الكتابة قبل البعثة لا بعدها^(٤) واختاره ابن إدريس^(٥).

قال طاب ثراه : وفي انعقاده للأعمى تردد.

أقول : اشتراط البصر مذهب الشيخ^(٦) والقاضي^(٧) وابن الجنيدي^(٨) ويحيى

(١) بداية المجتهد : ج ٢ في معرفة من يجوز قضائه ص ٥٠٠ س ١٣ قال : واما فضائل القضاء الى قوله : واختلفوا في الأمي ، والأبين جوازه.

(٢) قال تعالى ﴿وَمَا كُنْتُمْ تَتْلُوا مِنْ قَبْلِهِ مِنْ كِتَابٍ وَلَا تَخُطُّهُ بِيَمِينِكُمْ إِذَا لَارْتَابَ الْمُبِطُونَ﴾ العنكبوت : ٤٨ .

(٣) تقدم آنفا.

(٤) السرائر : في آداب القضاء ص ١٩٤ س ١٥ قال : والذي يقتضيه مذهبنا : ان الحاكم يجب ان يكون عالما بالكتابة : والنبي صلى الله عليه وآله كان يحسن الكتابة بعد النبوة ، وانما لم يحسنها قبل البعثة.

(٥) المبسوط : ج ٨ شرائط القضاء ص ١٠١ س ٥ قال : واما كمال الحلقة فان يكون بصيرا ، فان كان أعمى لم ينعقد له القضاء إلخ.

(٦) المذهب : ج ٢ كتاب القضاء ص ٥٩٨ س ٢١ قال : اما كمال الحلقة ، ان يكون بصيرا ، إلخ.

(٧) لم أعثر على قوله.

بن سعيد ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣) لافتقاره الى التميز بين الخصوم ، واحتياجه إلى الكتابة ، وهي معتبرة في القاضي ، ولأن الأعمى لا ينفذ شهادته في بعض الأشياء ، والقاضي ينفذ شهادته في كل الأشياء ، واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) .
وقيل : بعدم الاشتراط ^(٦) للأصل ، ولأن شعبيا كان أعمى ^(٧) .

(١) الجامع للشرائع : كتاب القضاء ص ٥٢٢ س ٣ قال : إذا كان الرجل عاقلا بصيرا كاملا كاتبا الى قوله : فهو أهل لولاية القضاء .

(٢) لاحظ عبارة النافع .

(٣) القواعد : ج ٢ في صفات القاضي ص ٢٠١ س ٢٣ قال : وفي اشتراط علمه بالكتابة إشكال وكذا البصر والأقرب اشتراطهما .

(٤) الشرائع : كتاب القضاء ، في الآداب ، قال : وهنا مسائل ، الأولى : الإمام يقضي بعلمه مطلقا ، وغيره من القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس الى قوله : ويجوز ان يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد الحكم .

(٥) القواعد : ج ٢ ، الفصل الثالث ، في مستند القضاء ص ٢٠٥ س ١١ قال : وغيره (اي غير الإمام) يقضي به في حقوق الناس وكذا في حقه تعالى على الأصح ولا يشترط في حكمه حضور شاهدين .

(٦) بداية المجتهد : ج ٢ في معرفة من يجوز قضائه ص ٥٠٠ س ٤ قال : ولا خلاف في مذهب مالك ان السمع والبصر والكلام مشترطة في استمرار ولايته ، وليس شرطا في جواز ولايته إلخ .

(٧) قال الطبرسي : إلى قوله : ضعيفا اي ضعيف البدن ، أو ضعيف البصر ، أو مهينا ، وقيل : كان عليه السلام أعمى . واختلف في ان النبي هل يجوز ان يكون أعمى؟ فقيل : لا يجوز لان ذلك ينقّر ، وقيل : يجوز ان لا يكون فيه تنفير ويكون بمنزلة سائر العلل والأمراض (بحار الأنوار : ج ١٢ كتاب النبوة باب ١١ قصص شعيب ، ص ٣٧٩) . أقول : كونه عليه السلام أعمى ، مع انه لم يثبت ، ولذا نقله تحت عنوان (قيل) : مخالف لما أورده في علل الشرائع : ج ١ باب ٥١ العلة التي من أجلها جعل الله عز وجل موسى خادما لشعيب عليهما السلام ولفظ الحديث (قال رسول الله صلى الله عليه وآله : بكى شعيب عليه السلام من حب الله عز وجل حتى عمى ، فرد الله عليه بصره ، ثم بكى حتى عمى فرد الله عليه بصره ، فلما كانت الرابعة : أوحى الله اليه يا شعيب الى متى يكون هذا ابدا منك ، ان يكن هذا خوفا من النار فقد أجزتك

وفي اشتراط الحرية تردد ، الأشبه : انه لا يشترط.
ولا بد من اذن الامام ، ولا ينعقد بنصب العوام له ، نعم لو تراضى اثنان بواحد من
الرعية فحكم بينهما لزم. ومع عدم الامام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم
السلام الجامع للصفات. وقبول القضاء عن السلطان العادل مستحب لمن يثق بنفسه ، وربما
وجب.

(النظر الثاني) في الآداب

وهي مستحبة ومكروهة.
فالمستحب : اشعار رعيته بوصوله ان لم يشتهر خبره ، والجلوس في قضائه مستدبر
القبلة ، وان يأخذ ما في يد المعزول من حجج الناس وودائعهم ، والسؤال عن أهل السجون
وإثبات أسمائهم ، والبحث عن موجب اعتقالهم ، ليطلق من يجب إطلاقه ، وتفريق الشهود
عند الإقامة ، فإنه أوثق ، خصوصا في موضع الريبة عدا ذوي البصائر لما يتضمن من

وأجيب : باختصاص النبي صلى الله عليه وآله بالعصمة المانعة من الغلط والنسيان ،
ومزيد القوة الحافظة ، الموجبة لبقاء التذكر ، بخلاف غيره ، ونمنع كونه أعمى بالكلية ،
ولانجباره بالوحي وقلة المؤمنين في زمانه.
قال طاب ثراه : وفي اشتراط الحرية تردد ، الأشبه : انه لا يشترط.

الغضاضة ، وان يستحضر من أهل العلم من يخاوضه في المسائل المشتبهة.
والمكروهات : الاحتجاب وقت القضاء ، وان يقضي مع ما يشغل النفس كالغضب ، والجوع ، والعطش ، والغم ، والفرح ، والمرض ، وغلبة النعاس ، وان يرتب قوما للشهادة ، وان يشغل للغريم في إسقاط أو إبطال.

أقول : الاشتراط مذهب الشيخ ^(١) والقاضي ^(٢) والكيدري ^(٣) ويحيى بن سعيد ^(٤) وهو ظاهر ابن حمزة ^(٥) لأنه ولاية ، والعبد مولى عليه ، ولأنه من المناصب الجليلة فلا يليق بالرقيق.

وعدمه مذهب المصنف ^(٦) للأصل ، ولان المناط العلم مع الزهد ، والاجتهاد مع العدالة فيكفي.

لعموم قول الصادق عليه السلام : إياكم ان يحاكم بعضكم بعضا الى قضاة الجور ، ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا ، فاجعلوه بينكم ، فإني قد جعلته قاضيا ^(٧).

-
- (١) المبسوط : ج ٨ شرائط القضاء ص ١٠١ س ٩ قال : واما كمال الاحكام فان يكون بالغاً عاقلاً حراً ذكراً.
(٢) المهذب : ج ٢ كتاب القضاء ص ٥٩٩ س ٢ قال : واما كمال الاحكام بان يكون بالغاً حراً ذكراً.
(٣) مستند الشيعة : ج ٢ كتاب القضاء والشهادات ص ٥٢٠ س ١ قال : ومنها الحرية ذهب الى الاشتراط : الشيخ ، والقاضي وابن سعيد والكيدري إلى آخر.
(٤) مستند الشيعة : ج ٢ كتاب القضاء والشهادات ص ٥٢٠ س ١ قال : ومنها الحرية ذهب الى الاشتراط : الشيخ ، والقاضي وابن سعيد والكيدري إلى آخر.
(٥) الوسيلة : كتاب القضاء والاحكام ص ٢٠٩ س ١ قال : والكمال يثبت بثلاثة أشياء : بالتمام في الخلقة ، وفي الحكم والاضطلاع بالأمر إلخ ، وقال في مفتاح الكرامة ، كتاب القضاء ج ١٠ س ١١ في شرح قول المصنف (واشتراط الحرية) : وهو ظاهر محمد بن حمزة في الوسيلة.
(٦) لاحظ عبارة النافع.
(٧) التهذيب : ج ٦ (٨٧) باب من اليه الحكم وأقسام القضاء والمفتين ص ٢١٩ الحديث ٨.

(مسائل)

(الأولى) للإمام ان يقضي بعلمه مطلقا في الحقوق ، ولغيره في حقوق الناس ، وفي حقوق الله قولان.

وفيه دلالة على جواز تجزي الاجتهاد ، لقوله (يعلم شيئا) ، وهو نكرة.
قال طاب ثراه : للإمام ان يقضي بعلمه مطلقا ، ولغيره في حقوق الناس ، وفي حقوق الله قولان.
أقول : إذا قامت البينة عند الحاكم ، أو أقر الخصم عنده سرا في مجلس قضائه وغيره بما يوجب حكما ، حكم قطعا ، وان لم يتفق أحدهما ، بل علم ما يوجب الحكم فهل يحكم بعلمه؟

فنقول : اما بالنسبة إلى جرح الشهود ، وتعديلهم ، فإنه يحكم بعلمه إجماعا ، والا لزم التسلسل ، أو الدور ، أو تعطيل الاحكام ، والكل باطل.
وما عدا ذلك هل يحكم فيه بعلمه؟ فالذي يظهر أن للأصحاب فيه ثلاثة أقوال :
(أ) الحكم مطلقا ، سواء كان إمام الأصل أو غيره ، وسواء كان الحق لله أو لآدمي ، وهو مذهب الشيخ ^(١) والمرتضى ^(٢) وأبي الصلاح ^(٣) واختاره المصنف ^(٤)

-
- (١) الخلاف : كتاب آداب القضاء مسألة ٤١ قال : للحاكم ان يحكم بعلمه في جميع الأحكام إلخ.
(٢) الانتصار : مسائل القضاء والشهادات وما يتصل بذلك ص ٢٣٦ قال : مسألة إلى قوله : القول بان الامام والحكام من قبله ان يحكموا بعلمهم في جميع الحقوق والحدود.
(٣) الكافي : فصل في العلم بما يقتضي الحكم ص ٤٢٨ س ٧ قال : علم الحاكم بما يقتضي تنفيذ الحكم كاف في صحته إلخ.
(٤) الشرائع : مسائل (الأولى) قال : وغيره (اي غير الامام) من القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس ، وفي حقوق الله على قولين : أصحهما القضاء.

.....

والعلامة ^(١) وفخر المحققين ^(٢).

(ب) لا مطلقا في الحاكم والمحكوم به ، وهو مذهب أبي علي ^(٣) ونقله في المبسوط عن قوم ^(٤).

(ج) الحكم لإمام الأصل مطلقا ، ولغيره في حقوق الناس دون حقوقه تعالى ، قاله ابن حمزة ^(٥) وابن إدريس ^(٦).

احتج الأولون بوجوه :

(أ) قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾ ^(٧) وقوله ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ ^(٨) فمن علمه الحاكم زانيا أو سارقا وجب عليه القضاء بما أوجبه الآية.

(ب) ان قضائه بالشاهدين ظن ، وبالعالم يقين ، ومحال في الحكمة جواز الأول ومنع الثاني.

(١) القواعد : ج ٢ ، الفصل الثالث في مستند القضاء ٢٠٥ قال : وغيره يقضي به في حقوق الناس وكذا في حقه تعالى على الأصح.

(٢) الإيضاح : ج ٤ ص ٣١٢ س ٢٣ قال في شرح قول القواعد : وهو الأصح عندي وعند والدي.

(٣) المختلف : ج ٢ في لواحق القضاء ص ١٤٤ س ١٢ قال : وأبو علي بن الجنيد يصرح بالخلاف فيها ، ويذهب إلى انه لا يجوز للحاكم ان يحكم بعلمه في شيء من الحقوق ولا الحدود إلخ.

(٤) المبسوط : ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ١٢١ س ١ قال : وقال آخرون لا يقضي ، وعندنا ان الحاكم إذا كان مأمونا قضى بعلمه إلخ.

(٥) الوسيلة : فصل في بيان سماع البيئات وكيفية الحكم بها ص ٢١٨ س ١ قال : ويجوز للحاكم المأمون الحكم بعلمه في حقوق الناس إلخ.

(٦) السرائر : كتاب القضاء في سماع البيئات ص ١٩٧ س ٢٠ قال : عندنا للحاكم ان يقضي بعلمه في جميع الأشياء ، ثم استشهد بقضايا من حقوق الناس فلاحظ.

(٧) النور : ٢.

(٨) المائدة : ٣٨.

(ج) لو لم يحكم بعلمه ، لزم فسق الحكم ، أو إيقاف الاحكام ، لأنه إذا طلق الزوج زوجته بحضرتة ، ثمَّ جحد الطلاق كان القول قوله مع يمينه ، فان حكم بغير علمه ، وهو استحلاف الزوج وتسليمها اليه فسق ، وان لم يحكم له وقف الحكم.
احتج المانعون بوجوه :

(أ) انّ فيه تهمّة ، والتهمّة تمنع القضاء ، كالشهادة ، فان تطرق التهمّة إليها يمنع قبولها ، فتطرق التهمّة في الحكم يمنع نفوذه.

(ب) انّ فيه تزكية نفسه ، وقال تعالى ﴿فَلَا تُزَكُّوا أَنْفُسَكُمْ﴾^(١).

(ج) ما روي عن النبيّ صلّى الله عليه وآله في قضية الملاعنة : لو كنت راجما من غير بينة لرجمتها^(٢).

وأجاب الأوّلون عن الأوّل : بأنّ التهمّة حاصلة في الحكم بالبينة ، أو الإقرار مع عدم الالتفات إليها ، وأقوى فيما لو قال : ثبت عندي ، وصحّ لدىّ ، وحكمت بكذا ، فإنه يلزم حكمه ، ولا يبحث عمّا صح به عنده.

وعن الثاني : ان توليه الحكم وجلسه مجلس القضاء ، تزكية نفسه ، وهو غير قادح في إمضاء حكمه.

وعن الثالث : بمنع السند.

احتج المفصلون : بالجمع بين القولين ، ولان حقوق الله تعالى مبنية على التخفيف. هذا جملة ما يظهر لي في هذه المسألة من أقوال أصحابنا.

وادعى الامام فخر الدين قدس الله روحه : اتفاق الإمامية كافة على انّ الامام

(١) النجم : ٣٢.

(٢) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٥١٨ الحديث ١٤ ولاحظ ما علق عليه.

عليه السلام يحكم بعلمه ، لعصمته ، فعلمه يقيني ، واما غيره فهو موضع الخلاف^(١).

قلت : ومعارضة السيد لأبي علي فيما أبطل به قوله ، حيث يقول : وكيف يخفى على ابن الجنيد هذا الذي لا يخفى على أحد ، أو ليس قد روت الشيعة الإمامية كلها ما هو موجود في كتبها ومشهور في رواياتها : انّ النبيّ صلّى الله عليه وآله ادعى عليه أعرابي سبعين درهما عن ناقة باعها منه ، فقال صلّى الله عليه وآله : قد أوفيتك ، فقال الأعرابي : اجعل بيني وبينك رجلا حكما يحكم بيننا ، فاقبل رجل من قريش ، فقال له النبيّ صلّى الله عليه وآله : احكم بيننا ، فقال للأعرابي : ما تدعي على رسول الله؟ قال : سبعين درهما ثمن ناقة بعثتها منه ، فقال : ما تقول يا رسول الله؟ قال : قد أوفيته ، فقال للأعرابي : ما تقول؟ قال : لم يوفني ، فقال لرسول الله : ألك بينة على انك قد أوفيته؟ فقال صلّى الله عليه وآله : لا فقال للأعرابي : أتخلف انك لم تستوف حقتك وتأخذ؟ فقال : نعم ، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله : لاحاكمن هذا الرجل الى رجل يحكم فينا بحكم الله عز وجل ، فاتي رسول الله صلّى الله عليه وآله الى علي بن أبي طالب ، ومعه الأعرابي ، فقال علي عليه السلام : ما لك يا رسول الله؟ فقال صلّى الله عليه وآله : يا أبا الحسن احكم بيني وبين هذا الأعرابي ، فقال عليه السلام : ما تدعي على رسول الله صلّى الله عليه وآله؟ قال : سبعين درهما ثمن ناقة بعثتها منه ، فقال : يا رسول الله ما تقول؟ فقال : قد أوفيته ثمنها ، فقال عليه السلام للأعرابي : أصدق رسول الله فيما قال؟ قال : لا ، ما أوفاني ، فأخرج علي عليه السلام سيفه فضرب عنقه ، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله : لم فعلت ذلك يا علي؟ فقال يا رسول الله نحن نصدقك على أمر الله ونهيهِ ، وأمر الجنة

(١) الإيضاح : ج ٤ كتاب القضاء ص ٣١٢ س ٢١ قال : اتفقت الإمامية كافة على ان الامام عليه السلام يحكم بعلمه لعصمته ، فعلمه يقيني.

.....

والنار ، والثواب والعقاب ، ووحى الله عز وجل ، فلا نصدقك في ثمن ناقة هذا الأعرابي؟! ،
واني قتلته لأنه كذبك لما قلت له : أصدق رسول الله فيما قال : فقال : لا ، ما أوفاني شيئاً
، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله أصبت يا علي ، فلا تعد الى مثلها ، ثم التفت الى
القرشي ، وكان قد تبعه ، فقال : هذا حكم الله لا ما حكمت به ^(١).

ثم قال السيد بعد ما أورد هذا الخبر بطريق آخر ، وأورد ما يضاهيه : فمن يروي مثل
هذه الاخبار مستحسن لها ومعولاً عليها ، كيف يجوز ان يشك في انه كان يذهب الى ان
الحاكم يحكم بعلمه ، لو لا قلة التأمل من ابن الجنيد ^(٢).

قلت : وهذا الرد من السيد رحمه الله والخط على أبي علي بالمعارضة له بحكم علي
عليه السلام ، وهو امام معصوم ، وكذا فخر الدين حيث قال : احتج المانعون بما روي عن
النبي صلى الله عليه وآله : لو كنت راجماً من غير بينة لرجمتها ، فلم يحكم بعلمه عليه السلام
وهو صاحب الشريعة ^(٣).

يدل على ان المانع يمنع مطلقاً ، فكيف يدعي اتفاق الإمامية كافة على ان الامام
يحكم بعلمه ، وموضوع الخلاف غيره ، لكنه رحمه الله اعلم بمواقع الخلاف ، ودقائق الأقوال
، وأجل ان يخفى عليه ما ظهر لنا ، فهو اعرف بما قال منّا.

(١) الانتصار : مسائل القضاء والشهادات ص ٢٣٨ س ٦ قال : وكيف خفي على ابن الجنيد الى آخره.

(٢) الانتصار : مسائل القضاء والشهادات ص ٢٤٠ س ٢٣ قال : فمن يروي هذه الاخبار إلخ.

(٣) الإيضاح : ج ٤ كتاب القضاء ص ٣١٣ س ٢٠ والحديث أوردها أصحاب الصحاح والمسانيد ، لاحظ
صحيح البخاري : باب اللعان ، باب قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم : لو كنت راجماً بغير بينة ، وسنن
ابن ماجه : ج ٢ كتاب الحدود (١١) باب من أظهر الفاحشة ص ٨٥٥ الحديث ٢٥٥٩ و ٢٥٦٠.

(الثانية) إذا عرف عدالة الشاهدين حكم ، وان عرف فسقهما اطرح ، وان جهل الأمرين ، فالأصح التوقف حتى يبحث عنهما.

(الثالثة) تسمع شهادة التعديل مطلقة ، ولا تسمع شهادة الجرح إلا مفصلة.

(الرابعة) إذا التمس الغريم إحضار الغريم وجب اجابته ، ولو كان امرأة ، ان كانت برزة. ولو كان مريضاً أو امرأة غير برزة ، استتاب الحاكم من يحكم بينهما.

(الخامسة) الرشوة على الحاكم حرام ، وعلى المرتشي إعادتها.

قال طاب ثراه : إذا عرف عدالة الشاهدين ، حكم ، وان عرف فسقهما أطرح ، وان جهل الأمرين ، فالأصح التوقف حتى يبحث عنهما.

أقول : التوقف مذهب المفيد^(١) وسالار^(٢) والتقي^(٣) واختاره المصنف^(٤) والعلامة^(٥) لأن العدالة شرط قبول الشهادة ، ولا يجوز الحكم بالمشروط مع الجهل بالشرط ، ولأنه أحوط.

وقال الشيخ : يحكم لأن الأصل في المسلم العدالة ، ولأنه لم ينقل عن الصحابة

(١) المقنعة : باب كيفية سماع القضاة البيّنات ص ١١٣ س ١٨ قال : فان عرف له ما يوجب جرحه ، أو التوقف في شهادته لم يمض الحكم بها.

(٢) المراسم : ذكر احكام البيّنات ص ٢٣٤ س ١٢ قال : ومتى تلغثم الشاهد أو تتعنع الى قوله : ولا يحكم بها الا بعد التعرف.

(٣) الكافي : فصل في الشهادات ص ٤٣٥ س ٦ قال : العدالة شرط في صحة الشهادة الى ان قال : وان احتل شرط لم تقبل الشهادة.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) القواعد : ج ٢ ، الفصل الثالث في مستند القضاء ص ٢٠٥ س ١٣ قال : فان علم فسق الشاهدين لم يحكم الى ان قال : وان جهل الأمر بحث عنهما.

النظر الثالث : في كيفية الحكم

وفيه مقاصد

(الأول) في وظائف الحاكم وهي أربع :

(الأولى) التسوية بين الخصوم في السلام ، والكلام ، والمكان ، والنظر ، والإنصات ، والعدل في الحكم. ولو كان احد الخصمين كافرا جاز ان يكون الكافر قائما والمسلم قاعدا ، أو أعلى منزلا.

(الثانية) لا يجوز ان يلقن احد الخصمين شيئا يستظهر به على خصمه.

(الثالثة) إذا سكتا استحب له ان يقول : تكلّما ، أو ان كنتما حضرتما لشيء ، فاذكراه ، أو ما ناسبه.

(الرابعة) إذا بدر احد الخصمين سمع منه ، ولو قطع عليه غريمه منعه حتى تنتهي دعواه ، أو حكومته ولو ابتدأ الدعوى سمع من الذي عن

والتابعين البحث عن حال المسلم^(١).

وأجيب : بأن الإسلام يقتضي العدالة بمعنى ان المسلم أقرب إليها ، ولا يقتضيها اقتضاء يمنع من النقيض ، وقبول الشهادة مبني على اليقين ، لا التجويز. وعن الثاني : بان عدم النقل لا يدل على عدم وقوعه ، وجاز لا وقوعه لعدم احتياجهم اليه.

(١) الخلاف : كتاب آداب القضاء ، مسألة ١٠ قال : دليلنا الى قوله : وأيضا الأصل في الإسلام العدالة ، والفسق طارئ عليه يحتاج الى دليل ، وأيضا نحن نعلم انه ما كان البحث في أيام النبي صلى الله عليه وآله الى آخره.

يدين صاحبه. وان اجتمع خصوم كتب أسماء المدعين واستدعي من يخرج اسمه.
 (المقصد الثاني) : في جواب المدعى عليه ، وهو اما إقرار ، أو إنكار ، أو سكوت.
 أما الإقرار فيلزم إذا كان جائز الأمر ، رجلا كان أو امرأة ، فإن التمس المدعي الحكم به ،
 حكم له. ولا يكتب على المقر حجة إلا بعد المعرفة باسمه ونسبه ، أو يشهد بذلك عدلان ،
 الا ان يقنع المدعي بالحلية. ولو امتنع المقر من التسليم أمر الحاكم خصمه بالملازمة ، ولو
 التمس حبسه ، حبس ، ولو ادعى الإعسار كلف البينة ، ومع ثبوته ينظر ، وفي تسليمه الى
 الغرماء رواية ، وأشهر منها تخليته.

قال طاب ثراه : ولو ادعى الإعسار كلف البينة ، ومع ثبوته ينظر ، وفي تسليمه الى
 الغرماء رواية ، وأشهر منها تخليته.

أقول : إنما كلف البينة بالإعسار إذا كان له أصل مال ، أو كان أصل الدعوى مالا ،
 اما لو لم يعرف له أصل مال ، ولا كان أصل الدعوى مالا ، بل جناية ، أو صداقا ، أو
 نفقة زوجة ، أو قريب استدان عليه بإذن منه ، أو من الحاكم ، فإنه يقنع بيمينته.
 إذا عرفت هذا : فاذا ثبت إعساره شرعا ، فهل يخلى سبيله ، أو يسلم الى الغرماء؟
 المشهور بين الأصحاب هو الأول قاله الشيخ في الخلاف ^(١) واختاره ابن إدريس ^(٢)

(١) الخلاف : كتاب التفليس ، مسألة ١٥ قال : إذا أفلس من عليه الدين الى قوله : لا يواجر ليكتسب ويدفع
 الى الغرماء إلخ.

(٢) السرائر : باب النوادر في القضايا ص ٢٠٢ س ١٢ قال بعد نقل حديث السكوني : هذا الخبر غير صحيح
 ولا مستقيم ، لأنه مخالف لأصول مذهبنا ، الى قوله : ولم يذكر استعملوه ولا أجروه إلخ.

وهو مذهب المصنف ^(١) واحد قولي العلامة ^(٢) لقوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ ^(٣) وقال في النهاية : للغرماء مؤاجرتهم ^(٤) وفصل ابن حمزة فقال : إذا ثبت إعساره خلّى سبيله ان لم يكن ذا حرفة يكتسب بها ، وامره بالتمحل ، وان كان ذا حرفة دفعه اليه ليستعمله ، فما فضل عن قوته وقوت عياله بالمعروف أخذه بحقه ^(٥) واحتج بالحديث المشهور الذي رواه السكوني عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام : انه كان يحبس في الدين ، ثم ينظر ان كان له مال اعطى الغرماء ، وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم : اصنعوا به ما شئتم ، ان شئتم وأجروه وان شئتم استعملوه ^(٦).

قال العلامة في المختلف : وما قاله ابن حمزة ليس بعيدا من الصواب لأنه متمكن من أداء ما وجب عليه ، وإيفاء صاحب الدين حقه ، فيجب عليه ، أما الكبرى فظاهرة ، وأما الصغرى فلأن الفرض انه متمكن من التكسب والتحصيل ، وكما يجب السعي في المؤنة كذا يجب في أداء الدين ، وتمنع إعساره ، لأنه متمكن ، ولا فرق بين القدرة على المال وعلى تحصيله ، ولهذا منعنا القادر على التكسب بالصناعة والحرفة من أخذ الزكاة باعتبار إلحاقه بالغني القادر على المال ^(٧).

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) القواعد : ج ٢ ، الفصل الثاني فيما يترتب على الدعوى ص ٢٠٩ س ٤ قال : فان ادعى الإعسار إلى قوله : لم يحل حبسه وانظر الى ان يوسر.

(٣) البقرة : ٢٨٠.

(٤) النهاية : باب آداب القضاء ص ٣٣٩ س ٦ قال : والا أمر خصمه بملازمته حتى يرضيه ، وأورد في ص ٣٥٢ تحت رقم ١٢ الحديث عن السكوني ، ولم نظفر في النهاية بهذه العبارة.

(٥) الوسيلة : في بيان صفة القاضي وآداب القضاء ص ٢١٢ س ٧ قال : فاذا ثبت إعساره إلخ.

(٦) التهذيب : ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات في القضايا والاحكام ص ٣٠٠ الحديث ٤٥.

(٧) المختلف : ج ٢ فيما يتعلق بالقضاء ص ١٥٩ قال : مسألة ، قال ابن حمزة الى آخره.

ولو ارتاب بالمقر ، توقف في الحكم حتى يتبين حاله.
 واما الإنكار : فعنده يقال للمدعي : ألك بينة؟ فان قال نعم أمر بإحضارها ، فإذا حضرت سمعها ، ولو قال : البينة غائبة ، أجل بمقدار إحضارها. وفي تكفيل المدعى عليه تردد ^(١) ، ويخرج من الكفالة عند انقضاء الأجل ، وان قال : لا بينة ، عرّفه الحاكم ان له اليمين. ولا يجوز إحلافه حتى يلتمس المدعي ، فان تبرع ، أو أحلفه الحاكم لم يعتد بها ، وأعيدت مع التماس المدعي.

قلت : هذا التعليل لا ينهض بالدلالة على قول ابن حمزة لأن غاية وجوب السعي والتكسب في قضاء الدين ، لا يسلط صاحب الدين على استعماله ومؤاجرته ، لانتفاء ولايته عليه.

فان قيل : الولاية ثابتة بقول الحاكم : (ان شئتم وأجروه وان شئتم استعملوه). قلنا : ولاية الحاكم وحجره تتعلق بالمال الموجود ، والتقدير انه لا مال له.

تنبيه

مذهب المصنف رحمه الله : أنه لا يجب التكسب في قضاء الدين ، بل إذا تكسب وفضل معه عن مئونه شيء ، وجب صرفه في قضاء دينه ^(١) ومذهب العلامة وجوب السعي فيه ^(٢) والإجبار عليه كما يجبر على التكسب في مئونه ومئونة عياله ، وهو امتن ، وعليه يدل الأحاديث ^(٣) ويلزم المصنف مذهب الشيخ في الكتابة وهو لا يقول به. قال طاب ثراه : ولو قال : البينة غائبة ، أجل بمقدار إحضارها ، وفي تكفيل

(١) لم أعثر عليه.

(٢) القواعد : ج ١ كتاب الدين ص ١٥٥ س ٢٣ قال : ويجب على المديون السعي في قضاء الدين وترك الإسراف في النفقة.

(٣) الكافي : ج ٥ كتاب المعيشة باب قضاء الدين ص ٩٥ الحديث ٢.

.....

المدعى عليه هنا تردد.

أقول : للأصحاب هنا ثلاثة أقوال :

(أ) تكفيله مدة لاحتضارها وتخرج عن الكفالة بانقضاء الأجل قاله المفيد ^(١) والشيخ في النهاية ^(٢) وبه قال التقي ^(٣) والقاضي في الكامل ^(٤) وأطلقوا المدة ، والظاهر انها موكولة إلى نظر الحاكم.

(ب) تقييد المدة بثلاثة أيام ، فإن زادت لم يلزمه الكفيل ، ويخرج عن الكفالة بانقضائها قاله ابن حمزة ^(٥).

(ج) ليس له إلزامه بكفيل ، بل إما أن يحلفه أو يطلقه قاله الشيخ في الخلاف ^(٦) وهو مذهب أبي علي ^(٧) ، واختاره المصنف ^(٨) والعلامة ^(٩).

(١) المقنعة : باب قيام البينة على الخالف ص ١١٤ س ٨ قال : وإذا بعدت بينة المدعى كان له تكفيل المدعى عليه الى ان يحضر بينة إلخ.

(٢) النهاية : باب آداب القضاء ص ٣٣٩ س ١٦ قال : وان قال المدعى : لست أتمكن من إحضارها جعل معه مدة من الزمان ليحضر فيه بينة ويكفل بخصمه إلخ.

(٣) الكافي : الفصل الثالث من تنفيذ الاحكام ص ٤٤٦ س ١١ قال : وان ادعى بينة غائبة الى ان قال : فان انقضت المدة ولم يحضر بينة سقط تضمين خصمه إلخ.

(٤) المختلف : ج ٢ كتاب القضاء وتوابعه ص ١٣٨ س ٣٦ قال : ولا بن البراج قولان : ففي الكامل وافق الشيخ أيضا.

(٥) الوسيلة : كتاب القضايا والاحكام ص ٢١٢ س ١٨ قال : وان ادعى غيبة بينته الى قوله : ما لم تزد المدة على ثلاثة أيام ، فإن زادت لم يلزمه الكفيل إلخ.

(٦) كتاب الخلاف : كتاب آداب القضاء مسألة ٣٦ قال : فقال المدعى : لي بينة غير أنها غائبة لم يجب له ملازمة المدعى عليه ولا مطالبته له بكفيل إلخ.

(٧) المختلف : ج ٢ كتاب القضاء في الآداب ص ١٣٨ س ٣٤ قال : وقال ابن الجنيد : ولو سأل المدعى القاضي مطالبة المدعى عليه بكفيل الى قوله لم يكن ذلك واجبا عليه إلخ الى ان قال : وما ذكرناه أولا (أي مختار الشيخ) هو الأظهر والأصح.

(٨) لاحظ عبارة النافع.

(٩) المختلف : ج ٢ كتاب القضاء في الآداب ص ١٣٨ س ٣٤ قال : وقال ابن الجنيد : ولو سأل المدعى القاضي مطالبة المدعى عليه بكفيل الى قوله لم يكن ذلك واجبا عليه إلخ الى ان قال : وما ذكرناه أولا (أي مختار الشيخ) هو الأظهر والأصح.

ثم المنكر اما ان يحلف ، أو يرد ، أو ينكل . فان حلف سقطت الدعوى ، ولو ظفر له المدعي بمال لم يجز له المقاصة ، ولو عاود الخصومة لم تسمع دعواه ، ولو اقام بينة لم تسمع (وقيل : يعمل بها ما لم يشترط الحالف سقوط الحق بها) ^(١) ولو أكذب نفسه جاز مطالبته وحل مقاصته .

فان رد اليمين على المدعي صح ، فان حلف استحق ، وان امتنع سقطت دعواه .

احتج الأولون : بأن في تكفيله حفظا لحق المدعي ، وصونا له عن الضياع ، حذرا من هرب الغريم .

احتج المانعون : بأصالة البراءة ، وبأن التكفيل عقوبة لم يثبت لها موجب .

قال طاب ثراه : وقيل : يعمل بها ما لم يشترط الحالف سقوط الحق بها .

أقول : اتفق المسلمون على سقوط الدعوى في مجلس الحلف ، وهل يسمع في غيره؟ للأصحاب فيه ثلاثة أقوال :

(أ) عدم السماع قاله الشيخ في النهاية ^(١) والخلاف ^(٢) وموضع من المبسوط ^(٣) ، وهو مذهب أبي علي ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦) .

(١) النهاية : باب آداب القضاء ص ٣٤٠ س ١٦ قال : وان قال المدعي الى قوله : فحلفه الحاكم ثم اقام بعد ذلك البينة ، لم يلتفت الى بينته وأبطلت .

(٢) كتاب الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٤٠ قال : إذا حلف المدعي عليه ثم أقام المدعي البينة بالحق لم يحكم له بها .

(٣) المبسوط : ج ٨ كتاب الشهادات ص ٢١٠ س ٤ قال : المدعى عليه إذا حلف ثم اقام المدعي بعد ذلك بينة بالحق فعندنا لا يحكم له بها .

(٤) المختلف : ج ٢ كتاب القضاء ، في الآداب ص ١٣٨ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف والنهاية : وهو قول ابن الجنيدي ، الى ان قال : والمعتمد ما نقله الشيخ في النهاية .

(٥) لاحظ عبارة النافع .

(٦) المختلف : ج ٢ كتاب القضاء ، في الآداب ص ١٣٨ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف والنهاية : وهو قول ابن الجنيدي ، الى ان قال : والمعتمد ما نقله الشيخ في النهاية .

احتجوا : بأن البينة حجة المدعي ، فيكون اليمين حجة المنكر ، وكما لا يسمع حجة المنكر بعد حجة المدعي ، كذا لا يسمع حجة المدعي بعد حجة المنكر. ولصحيحة عبد الله بن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام قال : إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله ، ذهب اليمين بحق المدعي ، ولا دعوى له ، قلت له : وان كانت عليه بينة عادلة؟ قال : نعم ، وان أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامة ما كان له ، وكان اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه^(١).

قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من حلف لكم فصدقوه ، ومن سألكم بالله فأعطوه ذهب اليمين بدعوى المدعي فلا دعوى له^(٢).
(ب) السماع ان لم يكن المنكر شرط سقوط الحق بيمينه ، وعدمه ان شرطه ، قاله المفيد^(٣) والقاضي في الكامل^(٤) وابن حمزة^(٥).
(ج) قال في موضع من المبسوط : ان كان قد أقام البينة على حقه غيره ، وتولى ذلك الغير الاشهاد عليه ، ولم يعلم هو ، أو تولى هو إقامة البينة ونسي ، فإنه يقوى في

(١) التهذيب : ج ٦ (٨٩) باب كيفية الحكم والقضاء ص ٢٣١ الحديث ١٦.
(٢) الفقيه : ج ٣ (٢٤) باب بطلان حق المدعي بالتحليف وان كان له بينة ص ٣٧ الحديث ٢.
(٣) المقنعة : باب قيام البينة على الخالف ص ١١٤ س ٣ قال : اللهم إلا ان يكون المدعي قد اشترط على المدعى عليه ان يحو عنه كتابه عليه ويرضى بيمينه في إسقاط دعواه.
(٤) المختلف : ج ٢ كتاب القضاء ص ١٤٦ س ٢٠ قال : قال ابن البراج في الكامل بما ذهب اليه المفيد.
(٥) الوسيلة : كتاب القضايا والاحكام ص ٢١٣ س ٥ قال : وإذا حلف المدعى عليه وشرط في اليمين انه إذا حلف لم يكن رجوع إلخ.

ولو نكل المنكر عن اليمين وأصرّ ، قضى عليه بالنكول ، وهو المروي . وقيل : يرد اليمين على المدعي ، فان حلف ثبت حقه ، وان نكل بطل .
ولو بذل المنكر اليمين بعد الحكم بالنكول لم يلتفت اليه .
ولا يستحلف المدعي مع بيّنة إلا في الدين على الميت ، يستحلف على بقاءه في ذمته ، استظهارا .
واما السكوت : فان كان لآفة توصل إلى معرفة إقراره أو إنكاره . ولو

نفسه انه تقبل بيّنته ، فاما مع علمه ببيّنته فلا تقبل ^(١) واختاره التقى ^(٢) وابن إدريس ^(٣) ومثله : لو اتفق اتحما شهدا من غير شعور منه بشهادتهما ، واحتمله العلامة في المختلف ^(٤) قال : لأنّ طلب الإحلاف لظن عجزه عن استخلاص حقه بالبيّنة .

تنبيه

لو اقام المدعي بيّنة على إقراره بالحق بعد الحلف ، سمعت ، لجواز المطالبة مع إكذاب نفسه إجماعا .
قال طاب ثراه : ولو نكل المنكر عن اليمين وأصرّ ، قضى عليه بالنكول ، وهو

(١) المبسوط : ج ٨ كتاب الشهادات ، فصل آخر ص ٢١٠ س ١٥ قال : وان كان غيره تولى ذلك سمعت منه إلخ مع تفاوت سير .
(٢) الكافي : القضاء ، الفصل الثالث ص ٤٤٧ س ٧ قال : اعلم المدعي ان استحلاف خصمك يسقط حق دعواك ويمنع من سماع بيّنة ان كانت لك الى قوله : فاذا حلف برئ من حق دعواه وتأثير بيّنة ان قامت له .
(٣) السرائر : كتاب القضاء ص ١٩٢ س ٢٩ قال : وان اعترف المنكر بعد يمينه بالله بدعوى خصمه عليه وندم على إنكاره ألزمه الحق إلخ .
(٤) المختلف : ج ٢ كتاب القضاء ص ١٤٧ س ٣٤ قال : ويحتمل قويا عندي سماع بيّنته إن خفي عنه ن له بيّنة الى قوله : لأنه طلب الإحلاف لظن عجزه عن استخلاص حقه بالبيّنة إلخ .

افتقر الى مترجم لم يقتصر على الواحد. ولو كان عنادا حبسه حتى يجيب.

المروي. وقيل : يرد اليمين على المدعي فان حلف ثبت حقه وان نكل بطل.
أقول : إذا نكل المنكر عن اليمين ، بمعنى انه لم يحلف ولم يرد ، هل يقضى عليه بالنكول ، ويلزم الحق ، ويكون النكول كإقراره ، أو كقيام البينة ، أو يرد اليمين على المدعي؟
الصدوقان ^(١) ^(٢) والمفيد ^(٣) وتلميذه ^(٤) والتقي ^(٥) على الأول ، واختاره المصنف ^(٦) وهو ظاهر النهاية ^(٧).

وابن حمزة ^(٨) وأبي علي ^(٩) وابن إدريس ^(١٠) على الثاني. وهو قوله في

- (١) المختلف : ج ٢ الفصل الثالث في لواحق القضاء ص ١٤٣ س ١٩ قال : وبه (اي القضاء بالنكول) قال في القدماء من علمائنا ابنا بابويه.
- (٢) المنقح : باب القضاء والاحكام ص ١٣٢ س ١٦ قال : فان نكل عن اليمين ألزمه الحق.
- (٣) المنقحة : باب آداب القاضي ص ١١٣ س ٥ قال : وان نكل عن اليمين ألزمه الخروج الى خصمه مما ادعاه عليه.
- (٤) المراسم : ذكر احكام القضاء ص ٢٣١ س ٧ قال : وان نكل عن اليمين ألزمه المدعى عليه.
- (٥) الكافي : القضاء ص ٤٤٧ س ١١ قال : وان نكل عن اليمين ألزمه الخروج اليه من حق دعواه.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) النهاية : باب آداب القضاء ص ٣٤٠ س ٦ قال : وان نكل عن اليمين ألزمه الخروج الى خصمه مما ادعاه عليه.
- (٨) الوسيلة : فصل في بيان احكام اليمين ص ٢٢٩ س ١٠ قال : وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين الى قوله : رد اليمين على المدعي.
- (٩) المختلف : ج ٢ في لواحق القضاء ص ١٤٣ س ١٩ قال : وقال ابن الجنيد : يرد اليمين على المدعي ويحلف ويقضى له الى قوله : والمعتمد انه لا يحكم بالنكول ، بل بيمين المدعي.
- (١٠) السرائر : في آداب القضاء ص ١٩٤ س ٤ قال : ولا يجوز ان يحكم عليه بالحق بمجرد النكول ، بل لا بد من يمين المدعي.

.....

الخلاف ^(١) واختاره العلامة ^(٢) وفخر المحققين ^(٣).

احتج الأولون : بصحيفة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : انه حكى عن أمير المؤمنين عليه السلام : انه الزم أخرس بدين ادعي عليه ، فأنكر ، ونكل عن اليمين ^(٤) فالزمه الدين بامتناعه عن اليمين.

أجابوا : باحتمال إلزامه عقيب إحلاف المدعي.

احتج الآخرون بوجوه :

(أ) ان الحكم مبني على الاحتياط التام ، وأتم ما كان بعد يمين المدعي ، لاحتمال نكوله لا عن ثبوت الحق ، بل لحرمة اليمين ، أو لحلفه انه لا يحلف ، فهو أعم من ثبوت الحق ، ولا دلالة للعام على الخاص.

(ب) ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله : انه رد اليمين على طالب الحق ^(٥).

(ج) حسنة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام انه قال : ترد اليمين على المدعي ^(٦) فلم يفصل ، فيتناول صورة النزاع.

(١) كتاب الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٣٨ قال : ردت اليمين على المدعي فيحلف ويحكم له ، ولا يجوز الحكم على المدعي عليه بنكوله.

(٢) المختلف : ج ٢ في لواحق القضاء ص ١٤٣.

(٣) الإيضاح : فيما يترتب على الدعوى ص ٣٣١ س ١٦ قال : وهو الحق عندي ، أي رد اليمين على المدعي.

(٤) التهذيب : ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات في القضايا والاحكام ص ٣١٩ قطعة من حديث ٨٦.

(٥) سنن الدارقطني : ج ٤ كتاب في الأقضية والاحكام ص ٢١٣ الحديث ٢٤.

(٦) التهذيب : ج ٦ (٨٩) باب كيفية الحكم والقضاء ص ٢٣٠ الحديث ١١.

(المقصد الثالث) في كيفية الاستحلاف

ولا يستحلف أحد إلا بالله ولو كان كافرا ، لكن ان رأى الحاكم إحلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع ، جاز .

ويستحب للحاكم تقديم العظة . ويجزيه ان يقول : والله ما له قبلي كذا . ويجوز تغليظ اليمين بالقول والزمان والمكان . ولا تغليظ لما دون نصاب القطع .

ويحلف الأخرس بالإشارة ، وقيل : يوضع يده على اسم الله تعالى في المصحف ، وقيل : يكتب اليمين في لوح ويغسل ، ويؤمر بشره بعد اعلامه ، فان شره كان حالفا ، وان امتنع ألزم الحق .

ولا يحلف الحاكم أحدا إلا في مجلس قضائه ، إلا معذورا كالمريض ، أو امرأة غير برزة . ولا يحلف المنكر الا على القطع ، ويحلف على فعل غيره على نفي

قال طاب ثراه : ولا يستحلف أحد إلا بالله ولو كان كافرا ، لكن ان رأى الإمام إحلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع ، جاز .

أقول : الأصل في اليمين ان يكون بالله ، لقوله عليه السلام : من كان حالفا فليحلف بالله ^(١) و (من) من ألفاظ العموم ، نعم قد يرى الحاكم تحليف الذمي بما يقتضيه دينه أردع وأزجر من اليمين بالله ، فيكون كتغليظ اليمين في حق المسلم ، فيجوز حينئذ إحلافه بتلك اليمين المشتملة على الزجر .

قال طاب ثراه : ويحلف الأخرس بالإشارة ، وقيل : يوضع يده على اسم الله في

(١) عوالي اللثالي : ج ١ ص ٤٤٥ الحديث ١٦٨ وفيه من كان حالفا فليحلف بالله ، أو لينذر .

العلم كما لو ادعى على الوارث فأنكر ، أو ادعى ان يكون وكيله قبض أو باع.

المصحف ، وقيل : يكتب اليمين في لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد اعلامه ، فان شرب كان حالفا والا ثبت الحق ^(١).

أقول : في كيفية تخليف الأخرس ، ثلاثة أقوال :

(أ) الاكتفاء بالإشارة المفهمة الدالة على حلفه كسائر أموره ، وهو المشهور ، واختاره المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣) لأن الشارع أقام الإشارة فيه مقام الكلام.

(ب) لا يكفي الإشارة وحدها ، بل لا بد من وضع يده على اسم الله تعالى ، قاله الشيخ في النهاية ^(٤) وعبارته : إذا أراد الحاكم ان يحلف الأخرس حلفه بالإشارة والإيماء إلى اسم الله ويضع يده على اسم الله في المصحف ، ويعرف يمينه على الإنكار كما يعرف إقراره وإنكاره ، وان لم يحضر المصحف وكتب اسم الله ووضع يده عليه ، جاز. فهذا الكلام يعطي انه لا بد منهما ، ولا يكفي أحدهما. وقول المصنف : (وقيل : يضع يده على اسم الله) مراده مع الإشارة.

(ج) غسل اليمين بعد كتابتها وأمره بشربها ، وهو قول ابن حمزة في الوسيلة ، حيث قال : إذا توجهت اليمين على الأخرس ، وضع يده على المصحف ، وعرفه حكمها ، وحلفه بالأسماء : وان كتب اليمين على لوح ، ثم غسلها ، وجمع الماء في شيء وأمر بشربه ، جاز ، فان شرب فقد حلف ، وان أبي ألزمه ، وجعله في النهاية رواية ^(٥).

وهي صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن

(١) في النسخ المخطوطة الحاضرة عندي (والا ثبت الحق) كما أثبتناه ، وفي النسخة المطبوعة من مختصر النافع كما أثبتناه في المتن ، والأمر سهل.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) القواعد : ج ٢ ، المقصد الرابع في الإحلاف ص ٢١١ س ٩ قال : وحلف الأخرس بالإشارة.

(٤) النهاية : باب كيفية الاستحلاف ، ص ٣٤٧ س ١٦ قال : وإذا أراد الحاكم الى آخر ما أثبتناه.

(٥) النهاية : باب كيفية الاستحلاف ص ٣٤٨ س ١ قال : وقد روي انه يكتب نسخة اليمين إلخ.

واما المدعي ولا شاهد له ، فلا يمين عليه الا مع الرد ، أو مع نكول المنكر على قول^(١) ، ويحلف على الجزم. ويكفي مع الإنكار الحلف على نفي الاستحقاق ، فلو ادعى المنكر الإبراء ، أو الأداء انقلب مدعيا ، والمدعي منكر ، فيكفيه اليمين على بقاء الحق. ولا يتوجه على الوارث بالدعوى

الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين ، ولم يكن للمدعي بينة؟ فقال : قال أمير المؤمنين عليه السلام ، لما ادعى عنده على أخرس من غير بينة : الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بيّنت للأمة جميع ما تحتاج اليه ، ثمّ قال : ائتوني بمصحف ، فأتني به ، فقال للأخرس : ما هذا؟ ورفع رأسه الى السماء ، وأشار أنه كتاب الله عز وجل ، ثمّ قال : ائتوني بوليّه ، فأتي بأخ له ، فأقعدّه الى جنبه ، ثمّ قال : يا قنبر عليّ بدواة وصحيفة ، فأتاه بهما ، ثمّ قال لأخ الأخرس : قل لأخيك : هذا بينك وبينه : انه علي ، فتقدم اليه بذلك ، ثمّ كتب أمير المؤمنين عليه السلام : والله الذي لا إله الا هو عالم الغيب والشهادة ، الرحمن الرحيم ، الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية : إن فلان بن فلان المدعي ليس له قبل فلان بن فلان أعني الأخرس حق ولا طلب بوجه من الوجوه ، ولا بسبب من الأسباب ، ثمّ غسله وأمر الأخرس ان يشربه ، فامتنع ، فالزمه الدين^(١).

وحملها ابن إدريس على أخرس لا يكون له كتابة معقولة ولا اشارة مفهومة^(٢).
قال طاب ثراه : أما المدعي ولا شاهد له ، فلا يمين عليه الا مع الرد ، أو نكول المنكر على قول^(١).

(١) التهذيب : ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات في القضايا والاحكام ص ٣١٩ الحديث ٨٦.

(٢) السرائر : باب كيفية الاستحلاف ص ١٩٨ س ٢٨ قال : ويمكن حمل هذه الرواية والعمل بها إلخ.

على موروثه إلا مع دعوى علمه بموجبه ، أو إثباته وعلمه بالحق ، وانه ترك في يده مالا . ولا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة ، ولا يتوجه بها يمين على المنكر . ولو ادعى الوارث لمورثه مالا ، سمع دعواه ، سواء كان عليه دين يحيط بالتركة أو لم يكن . ويقضي بالشاهد واليمين في الأموال والديون . ولا يقبل في غيره مثل الهلال والحدود والطلاق والقصاص . ويشترط شهادة الشاهد أولا ، وتعديله . ولو بدأ باليمين وقعت لاغية ، ويفتقر إلى إعادتها بعد الإقامة .

ولا يحلف مع عدم العلم ، ولا يثبت مال غيره .

(مسألتان)

(الاولى) لا يحكم الحاكم بأخبار لحاكم آخر ، ولا بقيام البينة بثبوت الحكم عند غيره ، نعم لو حكم بين الخصوم واثبت الحكم واشهد على نفسه ، فشهد شاهدان بحكم عند آخر ، وجب على المشهود عنده إنفاذ ذلك الحكم .

(الثانية) القسمة تميز الحقوق ، ولا يشترط حضور قاسم ، بل هو أحوط ، فاذا عدلت السهام كفت القرعة في تحقق القسمة . وكل ما يتساوى اجزائه يجبر الممتنع على قسمته كالخنطة والشعير ، وكذا ما لا يتساوى اجزائه إذا لم يكن في القسمة ضرر ، كالأرض والخشب ، ومع الضرر لا يجبر الممتنع .

أقول : تقدم البحث في هذه المسألة .

(النظر الرابع) في الدعوى ، وهي تستدعي فصولا :

(الأول في المدعي : وهو الذي يترك لو ترك الخصومة ، وقيل : هو الذي يدعي خلاف الأصل ، أو أمرا خفيا. ^(١) ويشترط التكليف ، وان يدعي لنفسه ، أو لمن له ولاية الدعوى عنه ، وإيراد الدعوى بصيغة الجزم ، وكون المدعى به مملوكا. ومن كانت دعواه عينا فله انتزاعها ، ولو كان دينيا والغريم مقرر باذل ، أو مع جحوده عليه حجة ، لم يستقل المدعي بالانتزاع من دون الحاكم.

(النظر الرابع) ^(١) في الدعوى

قال طاب ثراه : المدعي هو الذي يترك لو ترك الخصومة. وقيل : الذي يدعي خلاف الأصل ، أو أمرا خفيا.

أقول : أجمعت الأمة : على ان البينة على المدعي ، وعلى الجاحد اليمين ، لما صح من قوله صلى الله عليه وآله : البينة على المدعي واليمين على من أنكر ^(٢).

وسببه : ان جانب المنكر ، لموافقته الظاهر أقوى من جانب المدعي ، والبينة أقوى من اليمين ، لانتفاء التهمة عنها وتطرق التهمة إلى اليمين لجلب النفع ، فجعلت الحجة القوية أعني البينة على المدعي ، ليحبر ضعف دعواه ، واقتنع من المنكر بالحجة الضعيفة لقوة جانبه.

(١) في النسخ المخطوطة التي عندي من المذهب : النظر الرابع ، وفي النسخة المطبوعة من مختصر النافع : المقصد الرابع ، كما أثبتناه ، والصحيح ما في المطبوعة كما لا يخفى.

(٢) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٥٢٣ الحديث ٢٢ ولاحظ ما علق عليه ، وفي تفسير القمي : ج ٢ ص ١٥٧ س ٣ نحوه فلاحظ ، وفي سنن البيهقي : ج ٨ ، كتاب القسامة ص ١٢٣ س ٢ أيضا نحوه ، وفي المبسوط : ج ٨ كتاب الدعاوي والبيانات ص ٢٥٦ س ٥ كما أثبتناه في المتن.

فهذه القاعدة أخرجت الفقيه إلى معرفة المدعي والمدعى عليه ليحكم بكل منهما بما جعله الشارع حجة له.

إذا تقرر هذا فنقول :

الدعوى لغة : الطلب ، قال الله تعالى ﴿لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ﴾^(١).

واصطلاحاً : إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً ، بل وإلى غيره.

وقد عرّفوا المدعي بثلاث تعريفات :

(أ) انه الذي يترك الخصومة ، والمدعى عليه : من لا يترك لو سكت.

(ب) انه الذي يذكر امراً خفياً يخالف الظاهر ، والمدعى عليه : هو الذي يذكر ما يوافق الظاهر.

(ج) انه الذي يذكر خلاف الأصل ، والمدعى عليه هو الذي يذكر ما يوافق الأصل. فإذا ادعى زيد مثلاً ديناراً في ذمة عمرو ، وأنكر ، فزيد هو الذي إذا سكت يترك وسكوته ، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر ، وخلاف الأصل ، لأن الظاهر والأصل براءة ذمة عمرو عن حق زيد. وعمرو هو الذي لا يترك وسكوته ويوافق الظاهر والأصل. فزيد مدع بالتعريفات الثلاث ، وعمرو منكر كذلك ، فلا تختلف التفاسير في مثل هذه المادة ، ويختلف في غيرها ، وهو مواضع.

منها : إذا أسلم الزوجان قبل الدخول ، واختلفا ، فقال الزوج : أسلمنا معاً فالنكاح باق ، وقالت المرأة : بل على التعاقب ، فلا نكاح بيننا.

فان قلنا : المدعي هو الذي يترك وسكوته ، فالمرأة مدعية ، والزوج مدعى عليه ، لأنه لا يترك لو سكت ، لزعمها انفساخ النكاح ، فيحلف هو ويستمر النكاح.

(١) يس : ٥٧.

وفي سماع الدعوى المجهولة تردد ، أشبهه : الجواز.

وان قلنا : المدعي من يخالف قوله الظاهر ، فالزوج هو المدعي ، لان الثقارن الذي يزعمه الزوج نادر ، والظاهر التعاقب ، والمرأة مدعى عليها ، لموافقتها الظاهر ، فتحلف هي ، فإذا حلفت حكم برفع النكاح.

وان قلنا : المدعي هو الذي يدعي خلاف الأصل : فالمرأة مدعية ، لأن الأصل عدم تقدم أحدهما على الآخر.

ومنها : لو قال الزوج : أسلمت قبلي ، فلا نكاح ولا مهر ، وقالت : أسلمنا معا ، فهما بحالهما ، فعلى التفسير الأول المدعي الزوجة ، لأنها يخلى وسكوتها ، وكذا على الثاني لندور الاقتران ، وعلى الثالث : الزوج هو المدعي ، لان الأصل عدم سبق إسلام أحدهما على الآخر.

ففي المسألة الأولى : المرأة مدعية على الأول والثالث ، والزوج مدّع على التعريف الثاني وفي المسألة الثانية : المرأة مدّعية على الأولين ، والزوج على الثالث.

فان قلت : التعريف الأول منقوض بادعاء المنكر القضاء أو الإبراء ، فإن مدع الحق هنا لا يخلى وسكوته.

أجيب : بأن المنكر انقلب هنا مدعيا والمدعي منكرا ، لأنه ينكر القضاء أو الإبراء ، فلهذا لا يخلى وسكوته.

وانما قلنا في تعريف المدعي : (انه الذي يذكر) ولم نقل (انه الذي يدعي) كما قاله بعضهم ، تفصيا من لزوم الدور.

وان أجيب عنه : بأنه تعريف لفظي.

قال طاب ثراه : وفي سماع الدعوى المجهولة تردد ، أشبهه الجواز.

أقول : إذا ادعى وصية بمجهول سمعت قطعا ، وكذا لو أقر له عند الحاكم أو الشهود ، كان له المطالبة بتلك الدعوى بلا خلاف في هاتين الصورتين.

واما الدعوى بغيرهما ، كأن يدعى عليه فرسا أو ثوبا ، فهل يسمع هذه الدعوى؟

(مسائل)

(الاولى) من انفرد بالدعوى لما لا يد عليه قضى له به ، ومن هذا ان يكون بين جماعة كيس ، فيدعيه أحدهم.

(الثانية) لو انكسرت سفينة في البحر ، فما أخرج البحر ، فهو لأهله ، وما اخرج بالغوص ، فهو لمخرجه ، وفي الرواية ضعف.

قال الشيخ : لا ، لعدم فائدتها ، وهو حكم الحاكم بها ، لو أجاب بنعم. واعترض على نفسه : بصحة الإقرار بالمجهول ، وأجاب بالفرق ، فإنه لو طالبناه بالتفصيل لربما رجع ، بخلاف المدعي فإنه لا يرجع عند مطالبة التفصيل ^(١) واختار المصنف والعلامة السماع ^(٢) ^(٣) لأن المدعي ربما يعلم حقه بوجه ما ، كما يعلم أنّ له فرسا أو ثوبا ولا يعلم شخصهما ولا صفتهما ، فلو لم يجعل له الى الدعوى طريقا لبطل حقه ، فالمقتضي للسمع موجود والمانع منتف ، فكما يصح الإقرار بفرس ، أو ثوب مجهولين ، ويستفسره الحاكم ، فكذا يصح الدعوى ، ويستفسره الحاكم ، والا لزم الحرج ، وهو منفي بالآية ^(٤) والرواية ^(٥).

قال طاب ثراه : لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرج البحر فهو لأهله ، وما اخرج بالغوص فهو لمخرجه ، وفي الرواية ضعف.

(١) المبسوط : ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ١٥٦ س ٩ قال : فاما ان قال لي عنده ثوب أو فرس الى قوله فرما كان بنعم فلا يمكن الحاكم ان يقضي به عليه لأنه مجهول ثم قال : هذا كله ما لم يكن وصية فاما ان كانت وصية سمع الدعوى فيها وان كانت مجهولة ، والفصل بينها وبين سائر الحقوق إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) القواعد : ج ٢ المقصد الثالث في الدعوى والجواب ص ٢٠٨ س ٢٠ قال : لزمه سماع الدعوى المجهولة كفرس أو ثوب كما يقبل الإقرار به والوصية.

(٤) قال تعالى ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ الحج : ٧٨.

(٥) أورد شطرا من رواياته في تفسير البرهان ، لاحظ ج ٣ ص ١٠٥ الحديث ٥٠٣.

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه الحسن بن علي بن يقطين ، عن أمية بن عمر ، عن الشعيري قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر ، فاخرج بعضه بالغوص ، واخرج البحر بعض ما غرق فيها فقال : اما ما أخرجه البحر فهو لأهله ، الله أخرجه هم ، واما ما اخرج بالغوص فهو لهم ، وهم أحق به ^(١).

أوردها الشيخ في النهاية ^(٢) واستضعفها المصنف ^(٣) لأن أمية بن عمر واقفي.

وقال ابن إدريس : ما أخرجه البحر فهو لأصحابه ، وما تركه أصحابه آيسين منه فهو لمن وجدته وغاص عليه ، لأنه بمنزلة المباح ، كالبعير يترك من جهد في غير كلاء ولا ماء فإنه يكون لواجده ، وادعى الإجماع على ذلك ^(٤).

فالحاصل : ان الرواية لم يشترط فيها يأس أصحاب المتاع منه ، وابن إدريس شرطه ، ردا للفتوى إلى أصول المذهب ، إذ الأصل بقاء ملك الإنسان عليه لا يخرج عنه الا بمخرج شرعي ، فعلى تقدير قطع نية المالك هنا ، يكون مباحا.

ويحتمل بقاءه على ملك المالك دائما ، ولا يملكه الواحد وان غاص عليه ، بل يكون لقطة ، عليه تعريفه.

والحاصل : ان هنا ثلاث احتمالات :

(أ) كون ما أخرجه البحر لأهله ، وما اخرج بالغوص لمخرجه مطلقا ، اي سواء قطع المالك نيته عنه ، أولا ، وهو فتوى النهاية ومقتضى إطلاق الرواية.

(ب) اشتراط قطع نية المالك عنه في تملك المخرج له ، فلو كان نية المالك

(١) التهذيب : ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات من القضايا والاحكام ص ٢٩٥ الحديث ٢٩.

(٢) النهاية : باب جامع في القضايا والاحكام ص ٣٥١ الحديث ١١.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) السرائر : باب النوادر في القضايا والاحكام ص ٢٠٢ س ١ قال : وجه الفقه في هذا الحديث : ان ما أخرجه البحر فهو لأصحابه إلخ.

(الثالثة) روي في رجل دفع الى رجل دراهم بضاعة يخلطها بماله ويتجر بها ، فقال : ذهبت ، وكان لغيره معه مال كثير ^(١) ، فأخذوا أموالهم ، قال : يرجع اليه بماله ، ويرجع هو على أولئك بما أخذوا. ويمكن حمل ذلك على من خلط المال ولم يأذن له صاحبه ، واذن الباقون.

(الرابعة) لو وضع المستأجر الأجرة على يد أمين ، فتلفت كان المستأجر ضامنا ، الا ان يكون الآجر دعاه الى ذلك ، فحقه حيث وضعه.

تحصيله ، وهو متأهب لإخراجه ، لم يملك الغائض شيئا مما يخرج ، وهو قول ابن إدريس. (ج) عدم التملك لشيء منه أصلا ، لأصالة بقاء الملك على مالكه ، وهو أضعفها. قال طاب ثراه : روى في رجل دفع الى رجل دراهم بضاعة ، فخلطها بماله واتجر بها ، فقال : ذهبت ، وكان لغيره معه مال كثير الى آخره.

أقول : هذه الرواية رواها حريز ، عن أبي عبيدة قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام : رجل دفع الى رجل ألف درهم يخلطها بماله ويتجر بها ، قال : فلما طلبه منه قال : ذهب المال ، وكان لغيره معه مثلها ، ومال كثير لغير واحد ، فقال : كيف صنع أولئك؟ قال : أخذوا أموالهم ، فقال أبو جعفر وأبو عبد الله عليهما السلام جميعا : يرجع عليه بماله ، ويرجع هو على أولئك بما أخذوا ^(١) وحملت على ان العامل مزج مال الأول بغير اذنه ، وذلك تعدّ أو تفريط. وأمّا أرباب الأموال الباقية فقد كانوا أذنوا في المزج ، ولو لم يأذنوا أيضا ضمن العامل للجميع.

(١) التهذيب : ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات في القضايا والاحكام ص ٢٨٨ الحديث ٦.

(الخامسة) يقضى على الغائب مع قيام البينة ، ويباع ماله ويقضى دينه ، ويكون الغائب على حجته ، ولا يدفع اليه المال الا بكفلاء.

(الفصل الثاني) في الاختلاف في الدعوى : وفيه مسائل :

(الاولى) لو كان في يد رجل وامرأة جارية ، فادعى انها مملوكته ، وادعت المرأة حريتها ، وانها بنتها ، فإن أقام أحدهما بينة ، قضى له ، والا تركت الجارية حتى تذهب حيث شاءت.

(الثانية) لو تنازعا عينا في يدهما ، قضى لهما بالسوية ، ولكل منهما إحلاف صاحبه. ولو كانت في يد أحدهما ، قضى بها للمتثبت ، وللخارج إحلافه. ولو كانت في يد ثالث وصدق أحدهما قضى له ، وللآخر إحلافه. ولو صدقهما قضى لهما بالسوية ، ولكل منهما إحلاف الآخر ، وان كذبهما أقرت في يده.

(الثالثة) إذا تداعيا خصما قضى لمن اليه القمط وهي رواية عمرو بن شمر عن جابر ، وفي عمرو ضعف ، وعن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام : ان عليا عليه السلام قضى بذلك ، وهي قضية في واقعة.

قال طاب ثراه : إذا تداعيا خصما قضى لمن اليه القمط ، وهي رواية عمرو بن شمر عن جابر ، وفي عمرو ضعف ، وعن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام : ان عليا عليه السلام قضى بذلك ، وهي قضية في واقعة.

أقول : هذه الرواية رواها الشيخ عن عمرو بن شمر عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام عن أبيه عن علي عليه السلام : انه قضى في رجلين اختصما في خص ،

(الرابعة) إذا ادعى أبو الميتة عارية بعض متاعها ، كلف البينة ، وكان كغيره من الأنساب ، وفيه رواية بالفرق ، ضعيفة.

فقال : ان الخص لمن اليه القمط ^(١) وقالوا : القمط هو الحبل ، والخص هو الظنّ الذي يكون في السواد بين الدور ، فكان الذي إليه الحبل هو اولى من صاحبه ^(٢).
والذي عليه المتأخرون : انه لا يرجح بذلك ، بل يكون حكمه حكم الجدار بين اثنين ، والرواية واقعة ، فلا تعدى ، لاحتمال اطلاعه عليه السلام على ما أوجب الحكم في تلك الواقعة ، فيبقى غيرها على الأصول المقررة.

قال طاب ثراه : إذا ادعى أبو الميتة عارية بعض متاعها كلف البينة ، وكان كغيره من الأنساب ، وفيه رواية بالفرق ضعيفة.

أقول : مختار المصنف هنا ^(٣) هو مذهب العلامة ^(٤) وابن إدريس ^(٥) واحد قولي الشيخ ذكره في المسائل الحائريات ^(٦).

والرواية إشارة الى ما رواها جعفر بن عيسى قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام : جعلت فداك ، المرأة تموت فيدعي أبوها ، أنه أعارها بعض ما كان عندها

(١) الفقيه : ج ٣ (٩٤٢) باب الحكم في الحظيرة بين دارين ص ٥٦ الحديث ١ عن منصور بن حازم ، والحديث ٢ عن عمرو بن شمر.

(٢) النهاية : باب جامع في القضايا والاحكام ص ٣٥١ الحديث ١٠.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) القواعد : المقصد السابع في متعلق الدعاوي المتعارضة ص ٢٢٣ س ٩ قال : ولو ادعى أبو الميتة إلى قوله : كلف البينة إلخ.

(٥) السرائر : باب النوادر في القضاء والاحكام ص ١٩٩ س ٣٤ قال بعد نقل ان قول الأب يقبل بلا بينة : وهذا خطأ عظيم في هذا الأمر الجسيم الى آخره ، وقد أطلال البحث والرد في ذلك فلاحظ.

(٦) المسائل الحائريات ، في ضمن الرسائل العشر ص ٢٩٧ س ٢ وهي المسألة الرابع والعشرون ، ولاحظ ما علق عليه تحت رقم ٢ ويؤيد ما علق عليه : ما في السرائر : ص ٢٠٠ س ٧ حيث قال : ثمّ شيخنا أبو جعفر رجع عنه وضعفه في جواب المسائل الحائريات المشهورة عنه المعروفة.

(الخامسة) إذا تداعى الزوجان متاع البيت ، فله ما للرجال ، ولها ما للنساء ، وما يصلح لهما يقسم بينهما ، وفي رواية : هو للمرأة وعلى الرجل البينة. وفي المبسوط : إذا لم يكن بينة ويدهما عليه كان بينهما.

من متاع وخدم ، أتقبل دعواه بلا بينة؟ أم لا تقبل دعواه إلا ببينة؟ فكتب اليه عليه السلام : يجوز بلا بينة ، قال : وكتبت اليه : ان ادعى زوج المرأة الميتة وأبو زوجها وأم زوجها في متاعها أو خدمها مثل الذي ادعى أبوها من عارية بعض المتاع أو الخدم ، أ يكونون بمنزلة الأب في الدعوى؟ فكتب : لا ^(١).

وعمل عليها الشيخ في القول الآخر ^(٢).

قال طاب ثراه : ولو تداعى الزوجان متاع البيت ، فله ما للرجال ، ولها ما للنساء ، وما يصلح لهما يقسم بينهما ، وفي رواية : هو للمرأة وعلى الرجل البينة. وفي المبسوط : إذا لم يكن بينة ويدهما عليه كان بينهما.

أقول : الأقوال الثلاثة المحكية ، للشيخ رحمه الله ، فالأول مختاره في الخلاف ^(٣) وبه قال ابن حمزة ^(٤) وأبو علي ^(٥) وابن إدريس ^(٦) والكيدري ^(٧) واختاره المصنف ^(٨).

(١) التهذيب : ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات في القضايا والاحكام ص ٢٨٩ الحديث ٧.

(٢) النهاية : باب جامع في القضايا والاحكام ص ٣٤٩ الحديث ٤ وإيراد الحديث دليل العمل به.

(٣) كتاب الخلاف : كتاب الدعاوي والبيئات مسألة ٢٧ قال : إذا اختلف الزوجان في متاع البيت إلخ.

(٤) الوسيلة : فصل في بيان تداعى الزوجين في متاع البيت ص ٢٢٧ س ٦ قال : إذا اختلف الزوجان أو من يرثهما في متاع البيت إلخ.

(٥) المسالك : ج ٢ كتاب القضاء ص ٣٩٨ س ٢٢ قال : الثاني : ان ما يصلح للرجال خاصة يحكم به للزوج الى قوله : ذهب اليه الشيخ في الخلاف وقبله ابن الجنيد.

(٦) السرائر : باب النوادر في القضاء والاحكام ص ٢٠١ س ٢٤ قال بعد نقل الأقوال : والذي يقوى عندي ما ذهب إليه في مسائل خلافه إلخ.

(٧) مفتاح الكرامة : ج ١٠ كتاب القضاء ص ٢٣٣ س ٢ قال : وقيل : للرجل ما يصلح له وللمرأة ما يصلح لها ، وهو خيرة الى قوله : وعلي بن مسعود الكيدري.

(٨) لاحظ عبارة النافع.

والمعتمد رواية رفاعه النحاس عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع ، فادعت ان المتاع لها ، وادعى الرجل ان المتاع له ، كان له ما للرجال ، ولها ما للنساء ، وما يكون للرجال والنساء قسم بينهما^(١).

والثاني : مختاره في الاستبصار^(٢).

والمعتمد صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال : المتاع متاع المرأة الا ان يقيم الرجل البينة ، قد علم من بين لابتيتها . يعني بين جبلي منى . ان المرأة تزف الى بيت زوجها بمتاع ، ونحن يومئذ بمنى^(٣).

والثالث : مختاره في المبسوط^(٤) واختاره العلامة في القواعد^(٥) وفخر المحققين في الإيضاح^(٦).

والحجة عليه : الحاقه بسائر الدعاوي ، لدخوله تحت العمومات المسلمة ، والأصول المحققة ، والقواعد المقررة.

(١) التهذيب : ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات في القضايا والاحكام ص ٢٩٤ الحديث ٢٥.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (٢٤) باب اختلاف الرجل والمرأة في متاع البيت ص ٤٧ قال بعد نقل حديث ٥ عن رفاعه النحاس : ما لفظه : فهذا الخبر يحتمل شيئين أحدهما ان يكون محمولا على التقية إلخ وهذا صريح في عدم قبوله.

(٣) الاستبصار : ج ٣ (٢٤) باب اختلاف الرجل والمرأة في متاع البيت ص ٤٤ قطعة من حديث ١.

(٤) المبسوط : ج ٨ ، فصل في متاع البيت إذا اختلف فيه الزوجان ، ص ٣١٠ س ٣ قال : إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ، فان كان مع أحدهما بينة قضى له بها ، وان لم يكن مع أحدهما بينة ، فيد كل واحد منهما على نصفه إلخ.

(٥) القواعد : ج ٢ المقصد السابع ص ٢٢٣ س ٥ قال : ولو تدعى الزوجان متاع البيت حكم لذي البينة ، فإن فقدت إلخ.

(٦) الإيضاح : كتاب القضاء ص ٣٨٠ س ٢٤ قال : وهو (اي قول الشيخ في المبسوط) الذي اختاره المصنف هنا ، وهو الأصح عندي.

(الثالث) في تعارض البيّنات

يقضي مع التعارض للخارج إذا شهد تا بالملك المطلق على الأشبه. ولصاحب اليد لو انفردت بينته بالسبب ^(١) ، كالتناج وقدم الملك ، وكذا

وقال العلامة في المختلف : ان كان هناك قضاء عرفي رجع اليه وحكم به بعد اليمين ، والا كان الحكم فيه كما في غيره من الدعاوي ، قال : لأن عادة الشرع في باب الدعاوي بعد الاعتبار والنظر ، راجعة الى ذلك ، ولهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الأصل وكون المتشبهت اولى من الخارج ، لقضاء العادة بملكية ما في يد الإنسان غالباً ، فحكم بإيجاب البينة على من يدعى خلاف الظاهر ، والرجوع الى من يدعى الظاهر ، واما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لأحدهما ، فتساويا فيها ^(٢).

واختاره الشهيد في شرح الإرشاد ^(٣) وهو حسن ، ويؤيده استشهاد عليه السلام بالعرف حيث قال : قد علم من بين لابتها ^(٤) ومثله قوله عليه السلام : لو سألت من بينهما (يعنى بين الجبلين ونحن يومئذ بمكة) لأخبروك : أن الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت الرجل ، فتعطي التي جاءت به ، فان زعم انه أحدث فيه شيئاً ، فليأت البينة ^(٥).

(الثالث) في تعارض البيّنات.

قال طاب ثراه : يقضي مع التعارض للخارج إذا شهدتا بالملك المطلق ، على الأشبه ، ولصاحب اليد لو انفردت بينته بالسبب ، الى آخره.

(١) المختلف : ج ٢ في لواحق القضاء ص ١٤٦ س ٦ قال : والمعتمد ان نقول : ان كان هناك قضاء عرفي إلخ.

(٢) الكتاب مخطوط غير مطبوع.

(٣) الاستبصار : ج ٣ (٢٤) باب اختلاف الرجل والمرأة في متاع البيت ص ٤٤ قطعة من حديث ١.

(٤) الاستبصار : ج ٣ (٢٤) باب اختلاف الرجل والمرأة في متاع البيت ص ٤٥ قطعة من حديث ٣.

الابتياح. ولو تساويا في السبب فروايتان ، أشبههما : القضاء للخارج. ولو كانت يداهما عليه ، قضى لكل منهما بما في يد الآخر ، فيكون بينهما نصفين. ولو كان المدعى به في يد ثالث ، قضى بالاعدل ، فالأكثر ، فإن تساويا عدالة وكثرة ، أقرع بينهما ، فمن خرج اسمه احلف وقضي له ، ولو امتنع احلف الآخر ، ولو امتنعا قسم بينهما. وفي المبسوط : يقرع بينهما ان شهدتا بالملك المطلق ، ويقسم ان شهدتا بالملك المقيد ، والأول أشبه.

أقول : التعارض عبارة عن قيام بيئتين يستلزم العمل بأحدهما تكذيب الأخرى ، إذ لو أمكن التوفيق بينهما ، وجب ، ولا تعارض ، كما لو شهدت البيئتان : انهما لهما ، وهي منتقلة عن أحدهما إلى الآخر ، فإنهما في حكم الواحد. واما مع عدم إمكان الجمع ، كأن يشهد لأحدهما بهذه العين ، ويشهد الأخرى بها للآخر ، فيفتقر في تقديم أحدهما إلى الآخر الى المرجح. وأسباب الترجيح خمسة :

اليد.

والسبب.

وقديم الملك.

وكثرة العدالة.

وكثرة العدد.

أما كثرة العدالة والعدد ، فلا ريب في الترجيح بهما ، وهما أول المرجحات.

هذا في قول قدماء الأصحاب : كالصدوق ^(١) وأبي علي ^(٢)

(١) المقنع : باب القضاء والاحكام ص ١٣٣ س ٢٢ قال : فإن أقام كل واحد منهما البينة ، فإن أحق المدعين من عدل شاهدها ، وان استوى الشهود في العدالة ، فأكثرهم شهودا.

(٢) المختلف : ج ٢ في تعارض البيئات ص ١٤١ س ١٠ قال : وقال ابن الجنيدي : الى قوله : ولو اختلف

.....

والمفيد^(١) ، بمعنى : انه لو قامت البينة لهما بالملك ، سواء كانت العين في يد أحدهما ، أو أيديهما ، أو يد ثالث ، ينظر إلى أقوى البينتين عدالة ، ومع تساويهما ينظر إلى أكثرهما عددا ، ويقضى لمن اختص بأحدهما.

وأكثر المتأخرين لم يذكروا هذين المرجحين إلا في القسم الثالث ، اعني خروج أيديهما ، ولعل مرادهم ما ذكره القدماء.

وأما اليد : فهل يوجب الترجيح؟ قال في الخلاف : نعم^(٢) ان أطلقنا ، أو اضافنا الى سبب ، وان اختصت أحدهما بالتقييد ، اختصت بالترجيح ، وقال في النهاية : تقدم بينة الخارج مع إطلاقهما ومع انفراد الداخل بالسبب ، يقدم ، وسكت عن اشتراكهما في السبب^(٣). وفي كتابي الأخبار : قدم بينة الخارج مع إطلاقهما ، والداخل مع إضافتهما^(٤) .^(٥)

اعداد الشهود إلخ.

(١) المقنعة : باب كيفية سماع القضاة البينات ص ١١٤ س ٢٢ قال : وإذا تنازع نفسان في شيء إلى قوله : وان رجع بعضهم على بعض في العدالة حكم لأعدلهما شهودا ، الى قوله : وان كان لأحدهما شهود أكثر عددا حكم لأكثرهما شهودا إلخ.

(٢) كتاب الخلاف : كتاب الدعاوي والبينات ، مسألة ٢ قال : إذا ادعى ملكا مطلقا ويد أحدهما على العين كانت بينته أولى.

(٣) النهاية : باب سماع البينات وكيفية الحكم بها ص ٣٤٤ س ٥ قال : ومتى كان مع واحد منهما يد متصرفه إلى قوله : وان شهدت البينة لليد المتصرفه بسبب الملك من بيع أو هبة أو معاوضة كانت أولى من اليد الخارجة.

(٤) الاستبصار : ج ٣ كتاب القضايا والاحكام (٢٢) باب البينتين إذا تقابلتا ص ٤٢ ذيل حديث ١٣ س ١٥ قال : وان كان مع احدى البينتين يد متصرفه إلخ.

(٥) التهذيب : ج ٦ (٩٠) باب البينتين تتقابلان أو يترجح بعضها على بعض ، ص ٢٣٧ ذيل حديث ١٤.

فقد ظهر للشيخ فيما حكيناه ثلاثة أقوال :

- (أ) تقديم الداخل مع إطلاقهما وتقييدهما ، وهو قوله في الخلاف .
- (ب) تقديم الخارج مع إطلاقهما والداخل مع تقييدهما ، وهو قوله في كتابي الأخبار .
- (ج) تقديم الخارج مع إطلاقهما ، وتقديم المنفرد بالسبب منهما ، وسكت عن اجتماعهما في السبب ، وهو مضمون النهاية .
- وتقدم بينة الخارج مذهب الصدوقين ^(١) ^(٢) والمفيد ^(٣) .
- والتحقيق : ان التعارض إذا وقع في العين ، فاما ان تكون في أيديهما ، أو في يد أحدهما ، أو خارجه عنهما .
- القسم الأول : ان تكون في أيديهما ، فإن اختصت البينة بأحدهما قضى له ، وان أقاما بينتين ، نظر الى أعدلهما ، فأكثرهما ورجح به ، فان تساويا فيهما قضى لكل منهما بما في يده ، على القول بالقضاء لصاحب اليد كمذهب الخلاف ، وبما في يد صاحبه ، كمذهب النهاية وكتابي الأخبار .
- وتظهر الفائدة في ضم اليمين ان حكمنا بتقديم بينة الداخل ، لان الظاهر تساقط البيتين مع تعارضهما ، ويقضى للداخل ، لأنه الأصل ، فيتوجه اليمين عليه لدفع دعوى المدعي .
- وان قلنا يقضى له بما في يد صاحبه ، لا يتوجه على أحدهما يمين ، لان القضاء له

(١) المقنع : باب القضاء والاحكام ص ١٣٣ س ١٩ قال : وإذا ادعى رجل على رجل عقارا أو حيوانا أو غيره الى قوله : فالحكم فيه ان يخرج الشيء من يدي مالكة الى المدعي ، لان البينة عليه ، الى قوله : كذلك ذكره والذي رحمه الله في رسالته اليّ .

(٢) المقنع : باب القضاء والاحكام ص ١٣٣ س ١٩ قال : وإذا ادعى رجل على رجل عقارا أو حيوانا أو غيره الى قوله : فالحكم فيه ان يخرج الشيء من يدي مالكة الى المدعي ، لان البينة عليه ، الى قوله : كذلك ذكره والذي رحمه الله في رسالته اليّ .

(٣) المقنعة : باب كيفية سماع القضاء البينة ص ١١٣ س ٢٤ قال : وان كان الشيء في يد أحدهما واستوى شهودهما في العدالة ، حكم للخارج اليد منه ونزعت يد المتشبهت به منه .

.....

مستند الى بينة ، وهي ناهضة بثبوت الحق ، فيستغني عن اليمين.

القسم الثاني : ان يكون في يد أحدهما ، وقد عرفت حكمه في أول الباب.

الثالث : ان يكون خارجة عنهما : فيقضى لمن انفرد بالبينة ، ومع قيامهما يقضى بالأعدل والأكثر ، ومع التساوي ، بالقرعة فمن وقعت له حلف ، فان نكل أحلف الآخر ، نكل قسمت بينهما مطلقا ، أي سواء أطلقتا أو اضافتا قاله الشيخ في النهاية ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) وفي المبسوط : يقضى بالقرعة ويحكم بالعين لمن يخرج مع يمينه إذا كانت الشهادة بالملك مطلقا ، وان كانت مقيدا قسّم بينهما نصفين من غير قرعة ، فإن اختص أحدهما بالتقييد حكم له ^(٣).

احتج من قدم بينة الداخل : بان جانب الداخل أقوى ، ولهذا قدمت يمينه ، فيكون بينته أقوى ، فيقدم.

وبما رواه العامة عن جابر : ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وآله في دابة أو بعير ، فأقام كل واحد منهما البينة أنه أنتجها ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وآله لمن هي في يده ^(٤).

وبما رواه الأصحاب ، عن غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام : ان أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان في دابة ، وكلاهما أقاما البينة أنه

(١) النهاية : باب سماع البينات وكيفية الحكم بها واحكام القرعة ص ٣٤٣ س ١٨ قال : فان كانت أيديهما خارجتين منه الى قوله : فان امتنعا جميعا من اليمين كان الحق بينهما نصفين.

(٢) المهذب : ج ٢ كتاب الدعوى والبيانات ص ٥٧٨ س ٤ قال : فان كان أيديهما خارجتين الى قوله : فان امتنعا من اليمين قسم بينهما نصفين.

(٣) المبسوط : ج ٨ كتاب الدعوى والبيانات ص ٢٥٨ س ٤ قال : وان كانت أيديهما خارجتين أقرع بينهما الى قوله : ان كانت الشهادة بالملك مطلقا وان كان مقيدا قسم بينهما نصفين إلخ.

(٤) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٥٢٦ الحديث ٣١ ولاحظ ما علق عليه نقلا عن سنن الدارقطني.

منحها ، فقصي بها للذي هي في يده ، وقال : لو لم يكن في يده جعلتها بينهما نصفين
(١).

فرع

على القول بتقديم بينة الداخل ، هل يفتقر الى اليمين؟ قال العلامة : نعم (٢) وفي
المبسوط : لا (٣).

والتحقيق : ان البيتين هل يتساقطان ، ويرجع الى الأصل وهو الحكم للداخل؟ أو
يقضي بالبينه التي حكمنا بترجيحها؟ فعلى التساقط تفتقر الى اليمين ، وعلى عدمه لا تحتاج
إليها ، لنهوض البينة بثبوت الحق.

واحتج القائل بتقديم بينة الخارج بأن الأصل كون البينة على المدعي ، وهو الخارج ،
واليمين على المنكر ، وهو الداخل ، لقوله عليه السلام : البينة على المدعي وعلى الجاحد
اليمين (٤) ، ولان بينة الخارج يتضمن النقل وبينه الداخل يتضمن التقرير ، والبينه المتضمنة
لنقل عن حكم الأصل أولى من المقررة.

ولما رواه محمد بن حفص ، عن المنصور ، عن الصادق عليه السلام قال : قلت له :
رجل في يده شاة ، فجاء رجل فادعاها واقام البينة العدول انها ولدت عنده ، ولم

(١) الكافي : ج ٧ كتاب القضاء والاحكام ، باب الرجلان يدعيان فيقيم كل واحد منهما البينة ص ٤١٩
الحديث ٦.

(٢) المختلف : ج ٢ في تعارض البيّنات ص ١٤٢ س ٢٦ قال : والمعتمد ان نقول : الى قوله : فإن البينة بينة
الداخل مع يمينه.

(٣) المبسوط : ج ٨ كتاب الدعاوي والبيّنات ص ٢٥٨ س ١٤ قال : فكل موضع سمعنا بينة الداخل الى قوله :
وقال آخرون : لا يستحلف ، وهو الأقوى.

(٤) رواه في السرائر كتاب القضايا ص ١٩٤ س ٣٢.

.....

يهب ولم يبع ، وجاء الذي في يده بالبينة مثلهم عدول انما ولدت عنده ولم يبع ولم يهب ، قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : حقها للمدعي ، ولا اقبل من الذي في يده بينة ، لان الله تعالى انما أمران تطلب البينة من المدعي ، فان كانت له بينة والا فيمين الذي هو في يده ، هكذا أمر الله تعالى ^(١).

قال العلامة : واحتج الشيخ على قوله في الخلاف : بما تقدم من الاخبار. وبأنهما تداعيا ، وأقاما بينة ، فلا ترجيح ، ويبقي اليد مختصة بأحدهما ، فترجح ، وهو حسن ، لكن حديث منصور يدل على خلافه ولولاه لصرت الى قول الشيخ في الخلاف ^(٢) ^(٣).
واما قديم الملك : فاذا اشتملت احدى البيتين على الشهادة بقدم الملك ، والأخرى بحديثه ، فالترجيح لجانب الأقدم عملا بالاستصحاب ، وهو المشهور بين الأصحاب ، لا اعلم فيه خلافا بين الطائفة.

ولابن إدريس قدس الله روحه هاهنا اضطراب عظيم ، وعبرة منتشرة ، ولنورد بعضها.
فان لم يكن ترجيح ، وهي في يد ثالث فأقام أحدهما بينة تقدم الملك ، والآخر بحديثه ، وكل منهما يدعي : انه ملكي الآن ، وبينه كل واحد منهما تشهد : بأنه ملكه الان ، غير ان احدى البيتين تشهد بالملكية الآن وتقدم الملك ، والأخرى تشهد بالملكية الآن وبحديث الملك ، سمعت بينة القديم ، لان حديث الملك لا يملكه الا عن يد قديمة ، فهو مدعي الملكية عنه ، ولا خلاف انا لا نحكم بأنه ملك عنه ، لأنه لو كان

(١) الاستبصار : ج ٣ كتاب القضايا والاحكام (٢٢) باب البيتين إذا تقابلتا ص ٤٣ الحديث ١٤.

(٢) هكذا عبارة المختلف ، ولكن في النسخ المخطوطة بعد كلمة (خلافه) هكذا (فلو خلا عن معارضة لكان هو المعتمد) والأمر سهل.

(٣) المختلف : ج ٢ ، في تعارض البيئات ص ١٤٣ س ٢ قال : واحتج الشيخ على قوله في الخلاف إلخ.

ملك عنه لوجب ان يكون الرجوع عليه بالدرك ، فاذا لم يحكم بأنه عنه ملك ، بقي الملك على صاحبه حتى يعلم زواله عنه ، وكذلك يكون بينة السبب أولى في هذه المسألة إذا كانت العين في يد ثالث عند بعض أصحابنا ، والأقوى عندي استعمال القرعة هاهنا ، ولا يجعل لصاحب السبب ترجيح ، لان الترجيح عندنا ما ورد إلا بكثرة الشهود ، فان تساويا فالأعدل ، ولا ترجيح بغير ذلك عند أصحابنا ، والقياس والاستحسان والاجتهاد باطل عندنا ، فلم يبق إلا القرعة ، الى ان قال : ولو قلنا نرجح بالسبب إذا كانت في يد ثالث لكان قويا ، وبه افتي لأن فيه جمعا بين الأحاديث والروايات وعليه الإجماع ، فإن المحصلين من أصحابنا مجمعون عليه قائلون به ، ولان السبب أولى من قدم الملك ، وقد رجحنا بقديم الملك ، الى ان قال : والذي اعتمدته واعتقده واعمل عليه بعد هذه التفاصيل جميعها ، الا نرجح الا بالعدد ، وبالتفاضل في عدالة البينتين فحسب ، دون الأسباب وقديم الأملاك ، لأن القياس عندنا باطل ، وانما فصلنا ما فصلناه على وضع شيخنا في مسائل خلافه ، وهي من فروع المخالفين ومذاهبهم فحكاها واختارها دون ان يكون مذهبنا لنا أو لبعض مشيختنا ، ولا وردت به أخبارنا ولم يذهب إليه أحد من أصحابنا سوى شيخنا أبي جعفر في كتابيه الفروع ، مبسوطه ومسائل خلافه ، وعاداته في هذين الكتابين وضع أقوال المخالفين واختبار بعضها ، فليلاحظ ^(١).

فقد ظهر من قوله هذا . بعد ما ترى فيه من الاضطراب الذي لا تحتاج الى التنبيه عليه . مخالفة المشهور في ثلاثة أمور :

(أ) اعتبار التفاضل في العدد قبل اعتبار التفاضل في العدالة.

(ب) عدم الترجيح بقديم الملك.

(١) السرائر : كتاب القضايا ، في سماع البيئات وكيفية الحكم بها ، ص ١٩٥ س ٣ فلاحظ.

(ج) عدم الترجيح بالسبب ، وهو نادر.

تحقيق

قد عرفت ان أسباب الترجيح خمسة : فان انفرد واحد منهما بواحد منها وعرى الآخر منها حكم له ، فان اشتركا في الترجيح ، فإن تكافئا ، أقرع ، وان تفاوتتا فذو السببين أولى من ذي السبب ، وذو الثلاثة أولى من صاحب الاثنين.

ولو اختص أحدهما بسبب ، والآخر بمخالف ، كما لو كان لأحدهما سبب ، وللآخر قدسم ملك ، أو يدان رجحنا بها ، وللآخر سبب ، أو قدسم ، فنقول : اما السببان الأولان من أسباب الترجيح ، وهما قوة العدالة وكثرة العدد ، فلا ريب في تقديم من انفرد بهما. وان اجتماعا مع مرجوح كاليد ان رجحنا الخارج.

واما الثلاثة الأخرى : فافقواها القدسم ، فيقدم على السبب وان لم يتكرر كالنتاج ، وهو ظاهر التحرير ^(١) ثم السبب ، وقال ابن إدريس : يقدم الخارج وان أطلق ، على ذي اليد ، وان سبب ^(٢).

وتوضيح البحث يقع في فصلين :

(الأول) تشبثا أو أحدهما ، ومسائله عشرة.

(أ) تشبثا ولكل بينة ، قضي لكل بالنصف ، لكن هل هو الذي في يده ، أو في يد غيره؟ مرّ البحث فيه وما يترتب عليه.

(ب) تشبث أحدهما ولكل بينة بالملك المطلق ، قضي للخارج على مذهب

(١) التحرير : ج ٢ في تصادم الدعاوي ص ١٩٥ س ١٠ قال : ولو شهدت بالملك المطلق للخارج أو بالسبب لذي اليد ، حكم لذي اليد سواء كان السبب مما يتكرر أو لا يتكرر كالنتاج.

(٢) السرائر : في سماع البينات وكيفية الحكم بها ص ١٩٤ س ٣٤ قال : إذا تنازعنا عينا الى قوله : انتزعت العين من يد الداخل وأعطيت الخارج إلخ.

النهاية ^(١) والخلاف ^(٢) في البيوع ، وللدخل على مذهب الخلاف في الدعاوي ^(٣).
 (ج) تشبث أحدهما وله بينة وتقدم ملك ، أو سبب ، ولآخر بينة بالملك المطلق
 رجح الداخل والخارج بالعكس فيهما ، وهو أربع مسائل.
 (د) تشبث أحدهما ولآخر بينة بتقديم الملك ، أو باليد ، اختلف قول الشيخ في
 كتابيه ، فرجح في موضع منهما القدم ^(٤) ، وفي الآخر منهما اليد ^(٥).
 (هـ) تشبثا ، أو أحدهما ، أو خرجا ، ولأحدهما بينة بالقدم ، ولآخر بينة بالسبب ،
 رجح القدم ، وابن إدريس رجح الخارج ^(٦) وان أطلق على الداخل. وان قيد بسبب القدم.
 (و) انفراد أحدهما بالبينة ، قضى له ، متشبهين ، أو أحدهما ، أو خارجين قولاً
 واحداً.

- (١) النهاية : باب سماع البينات وكيفية الحكم بها ص ٣٤٤ س ٥ قال : ومتى كان مع واحد منهما يد متعرفة الى
 قوله انتزع الحق من اليد المتصرفه واعطى اليد الخارجة.
 (٢) كتاب الخلاف : كتاب البيوع مسألة ١٧ قال : إذا ادعى عمرو عبداً في يد زيد واقام البينة إلى قوله : فالبينة
 بينة الخارج وهو عمرو.
 (٣) كتاب الخلاف : كتاب الدعاوي والبيانات مسألة ٢ قال : إذا ادعى ملكاً مطلقاً ويد أحدهما على العين
 كانت بينة أولى.
 (٤) المبسوط : ج ٨ في تعارض البينتين ص ٢٦٩ س ١٠ س ٩ قال : واقام كل واحد منهما بينة ، فانا نقضي
 لصاحب اليد بالدار.
 (٥) كتاب الخلاف : كتاب الدعاوي والبيانات ، مسألة ١٥ قال : وان كانت في يد حديث الملك فصاحب اليد
 أولى.
 (٦) السرائر : في سماع البينات وكيفية الحكم بها ص ١٩٤ س ٣٤ قال : إذا تنازعا عينا وهي في يد أحدهما إلى
 قوله : انتزعت العين من يد الداخل وأعطيت الخارج ، سواء شهدت بينة الداخل بالملك بالإطلاق أو بالأسباب
 ، أو يقدمه أو بحديثه إلخ.

الفصل الثاني : خرجا عن العين ، فيقضى في الظاهر لمن هي في يده وان لم يقيم أحدهما بينة.

ففيه أربع مسائل :

(الأول) دفعهما فهي له ، ولكل إحلافه.

(الثاني) وان صدق أحدهما قضي للمصدق ، وللآخر تخليفهما.

(الثالث) وان صدقهما فهو كما لو كانت في أيديهما ، ولكل إحلافه أيضا.

(الرابع) وان قال : لا ادري اختصما وكانا خارجين ولهما إحلافه.

وان أقاما بينتين وصدق أحدهما فهو لغو ، وهل يكون التصديق كاليد لمن صدقه حتى يرجح بها؟ ان قلنا بترجيح ذي اليد ، الأقرب لا ، لأن هذه اليد مستحقة للإزالة بالبنتين. ثم البينتان : ان شهدت بينة كل واحد له بالملك المطلق ، فإن أطلقنا التاريخ ، أو قيدتا ، أو أطلقنا واحدة وقيدت الأخرى تحقق التعارض ، وان تقدم تاريخ إحداهما حكم للسابقة.

واعلم ان الشهادة باليد ، أولى من الشهادة بالسماع ، وبالملك أولى من اليد ، وبسبب الملك أولى من الملك المطلق ، وبالقدم أولى من الحادث.

ومع تحقق التعارض يتشعب البحث الى تسع مسائل : قامت بيناتهما بالملك مطلقا ، والقضاء بالقرعة ، وكذا لو قامت البينتان باليد.

(ب) قامت بيناتهما بالسبب ، والأظهر مساواة الأولين ، وقال في المبسوط : يقسم بلا قرعة^(١).

(١) المبسوط : ج ٨ كتاب الدعاوي والبيّنات ص ٢٥٨ س ٥ قال : وان كان مقيدا قسم بينهما نصفين.

.....

(ج) قامت بينة واحد باليد والآخر بالملك مطلقا ، أو قامت بينة واحد بالملك المطلق ، وبينة الآخر بالسبب ، فالثاني في المسألتين أرجح.

(د) قامت بيناتهما باليد أو الملك المطلق ، أو أحدهما أقدم ، أو اشتركتا في السبب واختلفتا في التاريخ ، أو اختصت إحداهما بالسبب والمطلقة أقدم تاريخا ، فالترجيح لجانب الأقدم في المسائل الأربع.

كتاب الشهادات

كتاب الشهادات

والنظر في أمور أربعة :
الأول : في صفات الشاهد
وهي ستة :

كتاب الشهادة

(مقدمة)

الشهادة لغة الحضور ، يقال : شهد فلان موضع كذا ، اي حضره ، وشهدت الواقعة ، اي حضرتها.
واصطلاحا : اخبار عن علم المخبر بثبوت أمر أو نفيه ، يلزم غيره لغيره ، لإثباته عند الحاكم.

فقولنا : (يلزم غيره) احتراز عما يلزم نفسه ، فإنه إقرار ، وقولنا : (لغيره) احتراز عما لو كان اللزوم له ، فإنه يكون دعوى ، وقولنا : (بثبوت أمر) لكونه أعم من المال أو الحق ، كالقصاص ، والقذف ، والشفعة ، والولاية وغير ذلك ، وقولنا : (أو نفيه) لأن الشهادة كما تكون بالإثبات ، تكون بالإسقاط ، وقولنا : (لإثباته عند الحاكم) لأنها حالة جزم لا تسامح بها.

ولو قلنا عوض ذلك : (هي اخبار عن علم المخبر بثبوت أمر أو نفيه يلزم غيره لغيره قصدا للإثبات لا على جهة الدعوى) لكان أحسن ، ليدخل فيه الشهادة للشهادة ، واحترزنا بقولنا : (لا على جهة الدعوى) عن الوكيل فإنه يخبر : بلزوم حق على المدعى عليه لموكله ، لكنه على جهة الدعوى.

والأصل فيه : الكتاب ، والسنة ، والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^(١) ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾^(٢) ﴿وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾^(٣).

وتوعده على كتمانها : فقال ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾^(٤) ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾^(٥) ، ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ كَتَمَ شَهَادَةً عِنْدَهُ مِنَ اللَّهِ﴾^(٦). ولو لا أنها حجة لما أمر بها ، ولا تواعد على كتمانها.

ومثل هذا قوله عليه السلام : من سئل عن علم فكتمه أجمه الله يوم القيامة بلجام من نار^(٧).

وأما السنّة : فمثل ما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وآله سئل عن الشهادة؟ فقال : ترى الشمس؟ على مثلها فاشهد أو دع^(٨).

وقضى النبي صلى الله عليه وآله بالشهادة^(٩) وكذلك علي عليه السلام

(١) البقرة : ٢٨٢.

(٢) الطلاق : ٢.

(٣) البقرة : ٢٨٢.

(٤) البقرة : ٢٨٢.

(٥) البقرة : ٢٨٣.

(٦) البقرة : ١٤٠.

(٧) مسند احمد بن حنبل : ج ٢ ص ٣٥٣ س ١٩.

(٨) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٥٢٨ الحديث ١ ولاحظ ما علق عليه لاحظ.

(٩) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٥٢٨ الحديث ٢ ولاحظ ما علق عليه ، والتهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيّنات ، ففيه أحاديث كثيرة في هذا المعنى.

(الأول) البلوغ : فلا تقبل شهادة الصبي ما لم يصر مكلفا ، وقيل : تقبل إذا بلغ عشرين ، وهو شاذ.

بعده ^(١) وبعده الخلفاء.

وأما الإجماع : فمن سائر المسلمين لا يختلفون في ذلك.

قال طاب ثراه : الأول : البلوغ ، فلا تقبل شهادة الصبي ما لم يصر مكلفا ، وقيل : تقبل إذا بلغ عشرين وهو شاذ.

أقول : إذا ميز الصبي وله دون العشر لا تقبل شهادته في غير الجراح والقصاص إجماعا.

وهل يقبل في غير ذلك؟ معظم الأصحاب على المنع ، وهو ظاهر النهاية ^(٢) وقال في الخلاف يقبل ^(٣) وبه قال أبو علي ^(٤).

وان بلغ العشر ، فهل يقبل مطلقا؟ الجمهور من الأصحاب : لا ، لوجوه :

(الأول) قوله عليه السلام : رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يتنبه ^(٥) وفي رفع القلم عنه دلالة على ان لا عبرة بأفعاله وأقواله. (الثاني) علمه بعدم المؤاخذه له ، يرفع الوثوق بقوله ، فلا يحصل الظن بصدقه ،

(١) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦١ الحديث ٩٧.

(٢) النهاية : باب شهادة العبيد والإماء والمكاتبين والصبيان ص ٣٣١ س ١٨ قال : ويجوز شهادة الصبيان إذا بلغوا عشر سنين ، الى قوله ولا تقبل شهادتهم فيما عدى ذلك من الديون والحقوق والحدود.

(٣) كتاب الخلاف : كتاب الشهادات ، مسألة ٢٠ قال : تقبل شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح ما لم يتفرقوا إلخ.

(٤) الإيضاح : ج ٤ في الشهادات ص ٤١٧ س ١٨ قال : وقال في الخلاف : يقبل ، وهو اختيار ابن الجنيد.

(٥) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٥٢٨ الحديث ٣ ولاحظ ما علق عليه.

واختلف عبارة الأصحاب في قبول شهادتهم في الجنائيات ، ومحصلها : القبول في الجراح مع بلوغ العشر ما لم يختلفوا ، ويؤخذ بأول قولهم . وشرط الشيخ في الخلاف : الا يتفرقوا.

لعدم المانع له حيثئذ عن الكذب.

(الثالث) ان قوله على نفسه لا تقبل بالإقرار ، فلا تقبل على غيره بالشهادة ، لكونه أكثر شروطا ، ولعدم التهمة في الإقرار وتجويزها في الشهادة ، فهو من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى.

وقيل : يقبل مطلقا في كل شيء من غير استثناء ، نقله المصنف ^(١) والعلامة ^(٢) وحكاها صاحب كشف الرموز عن الشيخ في النهاية ^(٣).

والتعويل فيه على رواية رواها محمد بن يعقوب في كتابه : إذا بلغ الغلام عشر سنين جاز أمره وجازت شهادته ^(٤).

قال طاب ثراه : واختلفت عبارة الأصحاب في قبول شهادتهم في الجنائيات ، ومحصلها : القبول في الجراح مع بلوغ العشر ، ما لم يختلفوا ، ويؤخذ بأول قولهم ، وشرط الشيخ في الخلاف : الا يتفرقوا.

أقول : نسب الخلاف إلى العبارة ^(٥) لاتفاقهم على القبول في الجملة.

فذهب المفيد الى قبولها في الجراح والقصاص ^(٦) ومثله قال الشيخ في

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) القواعد : ج ٢ ، المقصد التاسع في الشهادات ص ٢٣٥ س ٢٥ قال : وقيل : تقبل مطلقا إذا بلغ عشر سنين.

(٣) كشف الرموز : ج ٢ ، كتاب الشهادات ص ٥١٤ س ٩ قال : وافق عليها في النهاية.

(٤) الكافي : ج ٧ باب شهادة الصبيان ص ٣٨٨ الحديث ١.

(٥) أي في قوله : (واختلف عبارة الأصحاب).

(٦) المقنعة : باب البيّنات ص ١١٢ س ٣٦ قال : وتقبل شهادة الصبيان في الشجاج والجراح إذا كانوا يعقلون ما يشهدون به إلخ.

.....

النهاية ^(١).

وروى جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام : تقبل شهادتهم في القتل ، ويؤخذ بأول كلامهم ^(٢) وهو اختيار ابن إدريس ^(٣) وذهب في الخلاف إلى انه تقبل في الجراح ما لم يتفرقوا ، إذا اجتمعوا على مباح ^(٤) قال المصنف في الشرائع : والاولى القبول بالشروط الثلاثة : بلوغ العشر ، وبقاء الاجتماع ، إذا كان على مباح ^(٥) وهو اختيار العلامة ^(٦).

فقد تلخص من عبارة المصنف اعتبار أربع قيود :

(أ) بلوغ العشر ، وادعى صاحب كشف الرموز عليه الإجماع ^(٧) ودعوى الإجماع فيه ممنوع ، وقد بينا الخلاف فيه فيما تقدم.

(ب) الاجتماع لمباح.

(١) النهاية : باب شهادة العبيد والإماء والمكاتبين والصبيان ص ٣٣١ س ١٨ قال : ويجوز شهادة الصبيان الى قوله في الشجاج والقصاص.

(٢) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٥٢٩ الحديث ٥ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) السرائر : باب شهادة. والصبيان وأحكامهم ص ١٨٧ س ٦ قال : ويجوز شهادة الصبيان الى قوله : الشجاج والقصاص ويؤخذ بأول كلامهم.

(٤) كتاب الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٢٠ قال : تقبل شهادة الصبيان في الجراح ما لم يتفرقوا إذا اجتمعوا على أمر مباح كالرمي وغيره.

(٥) الشرائع : كتاب الشهادات ، في صفات الشهود ، قال : فالأولى الاقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة إلخ.

(٦) القواعد : ج ٢ ص ٢٣٦ في الشهادات س ١ قال : وتقبل شهادتهم في الجراح بشروط ثلاثة إلخ.

(٧) كشف الرموز : ج ٢ كتاب الشهادات ص ٥١٥ س ١٦ قال : والقدر المجمع عليه القبول في الجراح مع بلوغ العشر إلخ.

(الثاني) كمال العقل : فالجنون لا تقبل شهادته. ومن يناله الجنون أدوارا ، تقبل في حال الوثوق باستكمال فطنته.

(الثالث) الايمان : فلا تقبل شهادة غير المؤمن. وتقبل شهادة الذمي في الوصية خاصة مع عدم المسلم ، وفي اعتبار الغربة تردد. ^(١) وتقبل شهادة المؤمن على أهل الملل ، ولا تقبل شهادة أحدهم على المسلم ، ولا غيره. وهل تقبل على أهل ملته؟ فيه رواية بالجواز ضعيفة ، والأشبه المنع.

(ج) ان لا يفترقوا ، حذرا ان يلقنوا.

(د) كون الحكم في الشجاج والجراح دون النفس.

واختار فخر المحققين عدم القبول مطلقا ، لقوله تعالى ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ ^(١) ^(٢) وهو نادر ، والأقرب القبول بالشروط المذكورة.

تنبيه

على القول بأنه يؤخذ بأول كلامه ، لا بثنائه لو ناقض الأول الثاني عمل بالأول ، ومع عدم اشتراط هذا القيد ينبغي القول ببطلان الشهادة ، لأن التناقض فيها يوجب ابطالها ، ولا نفتقر في حقه من الشروط سوى الصغر ، للنص عليه ، فيبقى الباقي من الشروط على أصالة اعتباره.

قال طاب ثراه : وتقبل شهادة الذمي في الوصية خاصة ، وفي اعتبار الغربة تردد.

أقول : أجمع الأصحاب على منع شهادة الذمي على المسلم في غير الوصية ، ومنع

(١) البقرة : ٢٨٢.

(٢) الإيضاح : ج ٤ في الشهادات ص ٤١٧ س ٢١ قال : والأصح انه لا تقبل شهادته مطلقا.

.....

شهادة غير المؤمن مطلقا.

والتحقيق : ان شهادة الذمي اما ان يكون على مسلم ، أو ذمي ، فهنا مسألتان :

(الأولى) شهادته على المسلم ، وهي مقبولة إذا جمع خمس شرائط :

(أ) تعذر عدول المسلمين.

(ب) كونه عدلا في ملته.

(ج) اعتقاده تحريم الكذب في الشهادة على مثله ، أو مسلم.

(د) كون الشهادة بالوصية.

(هـ) كون الوصية بالمال.

وهل يشترط سادس ، وهو كون الموصي في غربة؟ قال في المبسوط : نعم ^(١) وبه قال

التقي ^(٢) وأبو علي ^(٣) وأطلق في النهاية ^(٤) وكذا المفيد ^(٥) والحسن ^(٦) وسالار ^(٧)

(١) المبسوط : ج ٨ ، فيما يجب على المؤمن من القيام بالشهادة ص ١٨٧ س ١٦ قال : الا بما يتفرد به أصحابنا في الوصية خاصة في حال السفر.

(٢) الكافي : فصل في الشهادات ص ٤٣٦ س ٧ قال : الا عدول أهل الذمة في الوصية في السفر خاصة.

(٣) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٠ س ٦ قال : وقال ابن الجنيد : الى قوله : الا في الوصية في السفر وعند عدم المسلمين.

(٤) النهاية : باب شهادة من خالف الإسلام ص ٣٣٤ س ٣ قال : ويجوز قبول شهادتهم في حال الضرورة في الوصية خاصة.

(٥) المقنعة : باب البيئات ص ١١٢ س ٣٤ قال : وتقبل شهادة رجلين من أهل الذمة على الوصية خاصة إذا لم يكن حضر الميت احد من المسلمين.

(٦) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٩ س ٣٣ قال بعد نقل قول المقنعة : وكذا ابن أبي عقيل.

(٧) المراسم : ذكر احكام البيئات ص ٢٣٣ س ١٨ قال : وانما مع عدمهم (اي المسلمين) تجوز في الوصية للمسلمين لا عليهم.

وابن إدريس^(١) والقاضي^(٢) واختاره المصنف^(٣) والعلامة^(٤).
احتج الأولون : بقوله تعالى ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾^(٥)
شرط في القبول الضرب في الأرض ، وهو السفر.
ولصحيحة حمزة بن حمران عن الصادق عليه السلام قال سألته عن قول الله عز وجل
﴿ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾^(٦) فقال : (اللذان منكم) مسلمان ، و (اللذان من
غيركم) من أهل الكتاب قال : وإنما ذلك إذا مات الرجل المسلم في أرض غربة ، فطلب
رجلين مسلمين يشهدهما على وصية ، فلم يجد مسلمين ، اشهد على وصية رجلين ذميين
من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهم^(٧).
وفي معناها حسنة هشام بن الحكم^(٨).
احتج الآخرون : بأن المناط في القبول إنما هو تحصيل غرض الموصي وبلوغ حاجته ،
لعدم استدراكها بفوات المسلمين ، فلا أثر للضرب في القبول وعدمه.
وبرواية ضريس الكناسي عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن شهادة أهل

-
- (١) السرائر : باب شهادة من خالف الإسلام ص ١٨٧ س ٣٠ قال : لا يجوز الى قوله : الا في الوصية بالمال
في حال الاضطرار خاصة.
(٢) المهذب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٧ س ١٣ قال : فان كانت حال ضرورة قبلت شهادتهم في الوصية
دون غيرها.
(٣) لاحظ عبارة النافع.
(٤) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٩ س ٣٠ قال : مسألة ، تجوز شهادة أهل الذمة على المسلمين في
الوصية خاصة عند عدم المسلمين.
(٥) المائة : ١٠٦.
(٦) المائة : ١٠٦.
(٧) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٥٣ الحديث ٦٠.
(٨) الكافي : ج ٧ باب شهادة أهل الملل ص ٣٩٨ الحديث ٦.

.....

ملة ، هل يجوز على رجل من غير أهل ملتهم؟ فقال : لا ، الا ان لا يوجد في تلك الحال غيرهم ، فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية ، لأنه لا يصلح ذهاب حق امرء مسلم^(١).
وأجابوا عن حجة الأولين : بأن التقييد في الآية والاخبار خرج مخرج الأغلب ، لا انه شرط.

تنبيه

هذا القدر من البحث والشروط ، هو الذي ذكره الأصحاب في هذا الباب ، ولم يزيّدوا عليه.
وقال العلامة : الأقرب إحلاف الشاهدين من أهل الذمة بعد العصر : انهما ما خانا ، ولا كتما ، ولا اشتريا به ثمنا قليلا ، ولو كان ذا قرى ، ولا نكتم شهادة الله انا إذا لمن الآثمين ، على ما تضمنته الآية ، قال : ولم أقف فيه لعلمائنا على قول^(٢).
(الثانية) شهادة الذمي على غير المسلم : فتقبل في كل ما تقبل فيه على المسلمين ، وهل تقبل في غير ذلك؟
ثلاثة أقوال :
(أ) القبول مطلقا ، اي سواء اتفقت ملتا الشاهد والمشهود عليه ، أو اختلفت ، بشرط عدالته في ملته وهو قول أبي علي^(٣).

(١) الكافي : ج ٧ باب شهادة أهل الملل ص ٣٩٩ الحديث ٧.

(٢) التحرير : ج ٢ كتاب الشهادات ص ٢٠٨ س ٦ قال : (د) الأقرب إحلاف الشاهدين الى قوله : ولم أقف فيه لعلمائنا على قول.

(٣) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٠ س ٦ قال : وقال ابن الجنيّد : الى قوله : وشهادة أهل العدالة في دينهم جائزة من بعضهم على بعض وان اختلفت الملتان.

(ب) عدمه مطلقا وهو ظاهر المفيد ^(١) والحسن ^(٢) وقواه القاضي ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥).

(ج) القبول بشرط اتفاق الملتين ، وهو قول الشيخ في النهاية ^(٦).
وقال في الخلاف : بالقبول إذا ترفعوا إلينا وعدّلوا الشهود ولا يلزمهم ذلك لو لم يختاروا ^(٧) واختاره العلامة في المختلف ^(٨).
احتج المجوزون مطلقا : بان الكفر كالملة الواحدة ، فلا تفاوت فيه.
واحتج للقائل باشتراط العدالة في الشاهد ، وعدم تحققها في الكافر ، خرج منه الوصية للنص والضرورة ، فيبقى الباقي على أصله.
وبرواية ضريس وقد تقدمت ^(٩).

-
- (١) المقنعة : باب البيئات ص ١١٢ س ٣٤ قال : وتقبل شهادة رجلين من أهل الذمة على الوصية خاصة.
(٢) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٩ س ٣٣ قال بعد نقل قول المقنعة : وكذا ابن أبي عقيل.
(٣) المهذب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٧ س ١٤ قال : ولا يجوز شهادة أهل الملل المختلفة بعضها على بعض ، بل يقبل شهادة أهل الملة الواحدة بعضهم على بعض إلخ ولا يخفى انه غير واف بمقصود المصنف.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) القواعد : ج ٢ في الشهادات ص ٢٣٦ س ٦ قال : ولا تقبل شهادة الكافر ، لا على مسلم ولا على مثله على رأي إلا الذمي في الوصية.
(٦) النهاية : باب شهادة من خالف الإسلام ص ٣٣٤ س ٦ قال : ولا تقبل شهادة أهل ملة منهم لغير أهل ملتهم ولا عليهم.
(٧) الخلاف : كتاب الشهادات ، مسألة ٢٢ قال : ان كانت الملة واحدة قبلت الى قوله : إذا اختاروا الترفع إلينا إلخ.
(٨) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٠ س ١٤ قال : كما اختاره الشيخ في الخلاف ، وهو انه إذا ترفعوا إلينا إلخ.
(٩) الكافي : ج ٧ باب شهادة أهل الملل ص ٣٩٩ الحديث ٧.

(الرابع) العدالة : ولا ريب في زوالها بالكبائر ، وكذا في الصغائر مصرًا ، واما الندرة من اللطم فلا ، ولا يقدح اتخاذ الحمام للأنس ، وإنفاذ الكتب ، اما الرهان عليها فقادح ، لأنه قمار.

واللعب بالشطرنج ترد به الشهادة ، وكذا الغناء وسماعه ، والعمل بآلات اللهو وسماعها ، والدف إلا في الاملاك والختان ، ولبس الحرير للرجل إلا في الحرب ، والتختم بالذهب ، والتحلي به للرجال. ولا تقبل شهادة القاذف ، وتقبل لو تاب ، وحد توبته ان يكذب نفسه ، وفيه قول آخر متكلف.

واحتج الشيخ على قول النهاية برواية سماعة عن الصادق عليه السلام قال : سألت عن شهادة أهل الملة؟ قال : فقال : لا تجوز الا على أهل ملتهم ، فان لم تجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية ، لأنه لا يصلح ذهاب حق احد^(١). وأجيب بمنع السند^(٢).

قال طاب ثراه : ولا تقبل شهادة القاذف ، وتقبل لو تاب ، وحد توبته ان يكذب نفسه ، وفيه قول آخر متكلف.

أقول : للأصحاب في كيفية التوبة أربعة أقوال :

(أ) قال في النهاية : وحقيقة توبته إكذاب نفسه فيما كان قذف به^(٣) وقال في

(١) الكافي : ج ٧ باب شهادة أهل الملل ص ٣٩٨ الحديث ٢.

(٢) سند الحديث كما في الكافي (علي بن إبراهيم ، عن محمد بن عيسى ، عن يونس ، عن زرعة ، عن سماعة) والجواب عن الإيضاح : لاحظ ج ٤ ص ٤١٩ س ١٦.

(٣) النهاية : باب تعديل الشهود ومن تقبل شهادته ومن لا تقبل ، ص ٣٢٦ س ٩ قال : وحد توبته من القذف ان يكذب نفسه.

الخلاف : وحقيقة ذلك ان يقول : كذبت فيما قلت ^(١) وبه قال الحسن ^(٢) والفقهاء ^(٣).
(ب) ان يكذب نفسه ان كان كاذبا ويخطئها في الملاء ان كان صادقا ، قاله العلامة
في الإرشاد ^(٤) والقواعد ^(٥) والتحريم ^(٦).

قال الشهيد : ويضعف : بأنه قذف تعرضي ^(٧).
(ج) ان يقول : القذف باطل أو حرام ، ولا أعود الى ما قلت ، لأنه ربما كان صادقا
في الأول فيما بينه وبين الله تعالى فيكون هذا الإكذاب ، كذبا وذلك قبيح قاله الشيخ في
المبسوط ^(٨) واختاره ابن إدريس ^(٩).

(د) قال ابن حمزة : ان كان صادقا قال : الكذب حرام ولا أعود إلى مثل

-
- (١) الخلاف : كتاب الشهادات ، مسألة ١٢ قال : وحقيقة الإكذاب أن يقول : كذبت فيما قلت.
(٢) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٥ س ٥ قال : وقال ابن أبي عقيل : وتوبته ان يرجع عما قال
ويكذب نفسه عند الإمام الى ان قال : وقال علي بن بابويه وابنه : توبته ان يقف في الموضع الذي قال فيه ما
قال ، فيكذب نفسه.
(٣) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٥ س ٥ قال : وقال ابن أبي عقيل : وتوبته ان يرجع عما قال
ويكذب نفسه عند الإمام الى ان قال : وقال علي بن بابويه وابنه : توبته ان يقف في الموضع الذي قال فيه ما
قال ، فيكذب نفسه.
(٤) الإرشاد : ج ٢ ص ١٥٧ س ٣ قال : والقاذف قبل التوبة ، وحدها الإكذاب معه إلخ.
(٥) القواعد : ج ٢ في الشهادات ص ٢٣٦ س ١٤ قال : وحدها إكذاب نفسه ، وان كان صادقا اعترف
بالخطأ في الملاء.
(٦) التحريم : كتاب الشهادات ص ٢٠٨ س ٢٧ قال : وحد التوبة ان يكذب نفسه ان كان كاذبا بمحض من
الناس ويخطئ نفسه ان كان صادقا إلخ.
(٧) الدروس : كتاب الشهادات ص ١٩٠ س ٥ قال : وقيل فيه يخطئ نفسه في الملاء ، ويضعف بأنه قذف
تعرضي إلخ.
(٨) المبسوط : ج ٨ فصل في شهادة القاذف ، ص ١٧٩ س ٦ قال : فاذا ثبت ان التوبة اكذابه نفسه الى قوله
: فاذا قال : القذف باطل حرام إلخ.
(٩) السرائر : كتاب الشهادات ص ١٨٢ س ٩ قال : وكيفية توبته من القذف هو ان يقول : القذف باطل
حرام ولا أعود الى ما قلت.

.....

ما قلت ، وأصلح العمل بالضد مما قال ، وإن كان كاذبا قال : كذبت فيما قلت ، وأصلح العمل ^(١) ، وبالأول يشهد الروايات ^(٢) وهو اختيار المصنف في النافع ^(٣) والشرائع ^(٤) وإن كان صادقا وتورى باطنا واختاره الشهيد ^(٥) وحمل الإطلاق عليه ، وقال في المختلف : والوجه عندي التفصيل ، فإن كان كاذبا كانت توبته التصريح بالكذب والاعتراف به حقيقة ، وإن كان صادقا اعترف بتحريم ما قاله وأظهر الاستغفار منه من غير أن يصرح بالكذب ويحمل الاخبار على هذا التفصيل ^(٦) هذا آخر كلامه.

لفت نظر

لما كان عبارة متن بعض النسخ وهامش بعض آخر منها ، مع النسخ الآخر التي عندي مختلفة ، وإن كان مفاهيمها متقاربة ، أحببت إيرادها لتتميم الفائدة.

قال بعد نقل عبارة المتن ما لفظه : أقول : الأول هو المشهور بين الأصحاب ، قاله الشيخ في النهاية ، وقال في

-
- (١) الوسيلة : فصل في بيان شهادة الفاسق ص ٢٣١ س ١٦ قال : فإن كان صادقا قال : الكذب حرام إلخ.
- (٢) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البينات ص ٢٤٥ الحديث (٢٠ - ٢١ - ٢٢).
- (٣) لاحظ عبارة النافع.
- (٤) الشرائع : في صفات الشهود ، قال : الثانية : لا تقبل شهادة القاذف ، ولو تاب قبلت ، وحد التوبة أن يكذب نفسه إلى قوله : ويورى باطنا.
- (٥) الدروس : كتاب الشهادات ص ١٩٠ س ٥ قال : وينزل (أي الفسق) بأن يتوب بإكذاب نفسه ، ويورى باطنا إن كان صادقا.
- (٦) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٥ س ١٣ قال : والوجه عندي التفصيل إلى قوله : ويحمل الاخبار على هذا التفصيل.

(الخامس) ارتفاع التهمة : فلا تقبل شهادة الجار نفعا ، كالشريك فيما هو شريك فيه ، والوصي فيما له فيه ولاية ، ولا شهادة ذي العداوة الدنيوية ، وهو الذي يسرّ بالمساءة ، ويساء بالمسرة ، والنسب لا يمنع

الخلاف : هذا هو الذي يقتضيه مذهبنا.
واختلف هؤلاء في كيفية التوبة على ثلاثة أقوال :
(الأول) قال في النهاية : وحقيقة توبته إكذاب نفسه فيما كان قذف به ، وقال في
الخلاف : وحقيقة ذلك ان يقول : كذبت فيما قلت :
(الثاني) قال الحسن : وتوبته ان يرجع عما قال ويكذب نفسه عند الإمام الذي جلدته
وعنده جماعة من المسلمين.
(الثالث) قال الصدوق : ان توبته ان يقف في الموضع الذي قال فيه ما قال :
فيكذب نفسه.
والقول المتكلف إشارة الى ما استخرجه المروي (المروزي خ ل) ، وهو ان يقول :
القذف باطل أو حرام الى آخر.
تذنيب هل يشترط في قبول توبته بعد التوبة أمر آخر ، وهو إصلاح العمل؟ قيل :
فيه ثلاثة أقوال :

(أ) نعم مطلقا ، أي في الصادق والكاذب ، لعموم قوله تعالى ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا﴾^(١) وهو قول ابن حمزة^(٢).

(١) النور : ٥.

(٢) الوسيلة : فصل في بيان شهادة الفاسق ص ٢٣١ س ١٧ قال : وأصلح العمل بالضد مما قال الى قوله : وأصلح العمل ، أيضا.

القبول. وفي قبول شهادة الولد على أبيه خلاف ، أظهره : المنع.

(ب) لا مطلقا ، قاله الشيخ في النهاية ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣) وفسروا الإصلاح بالاستمرار على التوبة.

(ج) اشتراطه في الكاذب لا الصادق ، وهو قول ابن إدريس ^(٤).

قال طاب ثراه : وفي قبول شهادة الولد على أبيه خلاف أظهره المنع.

أقول : بالمنع قال الشيخان ^(٥) ^(٦) والصدوقان ^(٧) ^(٨) وسالار ^(٩) وابن حمزة ^(١٠) والقاضي ^(١١) وابن إدريس ^(١٢) واختاره المصنف ^(١٣) والعلامة ^(١٤).

(١) النهاية : باب تعديل الشهود. ص ٣٢٦ س ١٠ قال : فاذا فعل ذلك (اي تكذيب نفسه) جاز قبول شهادته بعد ذلك.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٥ س ٢١ قال : والتحقيق ان النزاع هنا لفظي ، فإن البقاء على التوبة إلى قوله : وهو كاف إلى إصلاح العمل.

(٤) السرائر : في الشهادات ص ١٨٢ س ١١ قال : وهو يفتقر الى صلاح العمل بعد ذلك وهو ان يعمل طاعة.

(٥) المقنعة : باب البيّنات ص ١١٢ س ٢٥ قال : وتقبل شهادة الولد لوالده ولا تقبل شهادته عليه.

(٦) النهاية : باب شهادة الولد لوالده وعليه ص ٣٣٠ س ١٥ قال : ولا يجوز شهادته عليه.

(٧) المقنعة : باب القضاء والاحكام ص ١٣٣ س ٣ قال : واعلم انه لا يجوز شهادة الولد على الوالد.

(٨) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٨ س ١ قال : مسألة قال الشيخان : لا تقبل شهادة الابن على الأب وبه قال : ابنا بابويه.

(٩) المراسم : ذكر احكام البيّنات ص ٢٣٢ س ٥ قال : والولد تقبل شهادته لوالده ولا تقبل عليه.

(١٠) الوسيلة : فصل في بيان الشهادات ص ٢٣١ س ٢ قال : والولد تقبل شهادته لأبيه ، ولا تقبل عليه.

(١١) المهذب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ٦ قال : ولا شهادة الولد على الوالد.

(١٢) السرائر : باب شهادة الولد لوالده وعليه ص ١٨٦ س ٣٠ قال : ولا يجوز شهادته عليه.

(١٣) لاحظ عبارة النافع.

(١٤) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٨ س ٥ قال : والوجه عندي الأول أي قول الشيخان والصدوقان.

.....

وبالجواز قال السيد ^(١).
احتج الأولون بوجوه :
(الأول) قوله تعالى ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ ^(٢) وليس من المعروف الشهادة
والرد لقوله وإظهار تكذيبه ، فارتكاب ذلك معصية ، فلا يكون الشهادة مقبولة.
(الثاني) انه نوع عقوق.
(الثالث) انه قول أكثر علمائنا ، حتى ادعى ابن إدريس ، والشيخ في الخلاف عليه
إجماع الطائفة ^(٣) ^(٤) ، فيكون أرجح.
ولم نقف على حديث يدل عليه بالتعيين ، نعم قال الصدوق في كتابه : وفي خبر انه
لا تقبل شهادة الولد على والده ^(٥).
احتج السيد بوجوه :
(الأول) قوله تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ ^(٦) وهو عام.

- (١) الانتصار : في الشهادات ص ٢٤٤ قال : مسألة ، ومما انفردت به الإمامية في هذه الأعصار إلى قوله :
يجوز شهادات ذوي الأرحام والقربان بعضهم لبعض من غير استثناء لأحد ، إلى قوله : دليلنا الإجماع وقوله
تعالى إلخ.
(٢) لقمان : ١٥ .
(٣) السرائر : كتاب الشهادات ، باب شهادة الولد لوالده وعليه ص ١٨٦ س ٢٠ قال : والأول (أي لا يجوز
شهادته عليه) هو المذهب وعليه العمل ، والإجماع منعقد عليه ولا اعتبار بمخالفة من يعرف اسمه ونسبه.
(٤) الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٤٥ قال : شهادة الولد على والده لا تقبل بحال إلى قوله : دليلنا إجماع
الفرقة وأخبارهم.
(٥) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٨) باب من يجب رد شهادته ومن يجب قبول شهادته ص ٢٦ الحديث ٦ .
(٦) الطلاق : ٢ .

وكذا تقبل شهادة الزوج لزوجته ، وشرط بعض الأصحاب : انضمام غيره من أهل الشهادة ، وكذا في الزوجة ، وربما صح فيها الاشتراط.

(الثاني) قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(١).

(الثالث) ما رواه داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام قال : سمعته يقول : أقيموا الشهادة على الوالدين والولد^(٢) ومثلها رواية علي بن سويد^(٣). وأجاب العلامة : بان الأمر بالشهادة لا تستلزم القبول^(٤). وفيه نظر : لانتفاء فائدة الأمر حينئذ.

قال طاب ثراه : وكذا تقبل شهادة الزوج لزوجته ، وشرط بعض الأصحاب : انضمام غيره من أهل الشهادة ، وكذا في الزوجة ، وربما صح فيها الاشتراط. أقول : شرط الشيخ في النهاية الضميمة في الزوج والزوجة ، والوالد والأخ^(٥). أما الأخيران فالاشتراط فيهما نادر. وأما في الزوج والزوجة فتابعه القاضي^(٦)

(١) النساء : ١٣٥.

(٢) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البنات ص ٢٥٧ قطعة من حديث ٨٠.

(٣) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البنات ص ٢٧٦ قطعة من حديث ١٦٢.

(٤) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٨ س ١١ قال بعد نقل روايتي داود بن الحصين وعلي بن سويد : والجواب الأمر بالإقامة لا تستلزم القبول.

(٥) النهاية : باب شهادة الوالد لولده وعليه ، والمرأة لزوجها وعليه ، والزوج لزوجته وعليها ص ٣٣٠ س ١٤ قال : مع غيره من أهل الشهادة إلى قوله : إذا كان معه غيره من أهل العدالة إلى قوله : إذا كان معها غيرها من أهل الشهادة.

(٦) المهذب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٧ س ٤ قال : وشهادة الزوج لزوجته وعليها مع غيره من أهل العدالة.

وابن حمزة^(١).

وأطلق المفيد القبول ولم يقيد بالضميمة^(٢) وتابعه الشيخ في الكتابين^(٣) ^(٤) وكذا
التقي^(٥) والحسن^(٦) والعلامة^(٧) وابن إدريس^(٨).

وفرق المصنف بينهما في الشرائع فقال : وربما صح فيها الاشتراط ، ولعل الفرق انما
هو لاختصاص الزوج بمزيد القوة أن تجذبه دواعي الرغبة^(٩).

وتظهر فائدة الخلاف فيما لو شهد الرجل لزوجته فيما تقبل فيه شهادة الواحد مع
اليمين ، فعلى القول بالضميمة لا شيء لها ، وعلى عدمها تحلف معه ويثبت حقها.

وفي الزوجة لو شهدت لزوجها في الوصية منفردة ، فعلى الأول لا شيء له ، وعلى

الثاني

(١) الوسيلة : فصل في بيان الشهادات ص ٢٣١ س ٤ قال : وحكم الزوجين على ذلك (أي إذا شهد معه
عدل آخر).

(٢) المقنعة : باب البنات ص ١١٢ س ٢٥ قال : وتقبل شهادة الرجل لامرأته إذا كان عدلا وشهد معه آخر
من العدول ، أو حلفت المرأة مع الشهادة لها في الديون والأموال.

(٣) المبسوط : ج ٨ فصل فيمن تقبل شهادته ومن لا تقبل ص ٢٢٠ س ٤ قال : تقبل شهادة كل واحد من
الزوجين للآخر وبه قال جماعة.

(٤) الخلاف : كتاب الشهادات ، مسألة ٤٩ قال : تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر.

(٥) الكافي : فصل في الشهادات ص ٤٣٦ س ١١ قال : وتقبل الى قوله : والزوج لزوجته وعليها والزوجة له
وعليه.

(٦) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٨ س ١٦ قال : وبه (أي بالإطلاق) قال ابن أبي عقيل ، وهو
المعتمد للأصل إلخ.

(٧) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٨ س ١٦ قال : وبه (أي بالإطلاق) قال ابن أبي عقيل ، وهو
المعتمد للأصل إلخ.

(٨) السرائر : باب شهادة المرأة لزوجها وعليه والزوج لزوجته وعليها ص ١٨٦ س ٢٢ قال : ولا بأس بشهادة
الرجل لامرأته وعليها إذا كان معه غيره من أهل العدالة ، ولا بأس بشهادتها له وعليه إذا كان معها غيرها من أهل
العدالة.

(٩) الشرائع : ج ٤ كتاب الشهادات ، الخامس ارتفاع التهمة ، الثالثة قال : ومنهم من شرط في الزوج الضميمة
إلى قوله : ولعل الفرق انما هو لاختصاص الزوج إلخ.

والصحة لا تمنع القبول كالضيف والأجير على الأشبه.

ولا تقبل شهادة السائل بكفه ، لما يتصف به من مهانة النفس ، فلا يؤمن خدعه.

له ربع ما شهدت به. وكذا لو شهدت باستهلال مولود يرثه زوجها.

وفيما إذا زوجه وكيله ودفع المهر ، فادعى هو ان بينه وبين الزوجة رضاعا محرما ، وأنكرت الزوجة ، وكان ذلك قبل الدخول ، فإنه يرجع عليها برقع المهر عند أبي علي ^(١) وبالكل إذا تعذر عليها إقامة غيرها عند المفيد ^(٢) وتلميذه ^(٣) لان ابن الجنيد يقبل شهادة الأربع في كل ما لا يطلع عليه الرجال ويثبت مجموع الحق بمن ، وان شهد بعضهن فبحساب ذلك ^(٤) وقال المفيد : إذا لم يوجد على ذلك إلا شهادة امرأة واحدة مأمونة قبلت شهادتها فيه وشهادة واحدة في ربع الوصية ^(٥) وتابعه أبو علي ^(٦) وعندنا ان كانت إحدى الأربع ، استرجع الزوج المهر على تقدير قبول النساء في الرضاع وان كانت منفردة لا يقبل وان لم يشترط الضميمة ، لأن الواحدة لا يقبل في غير الوصية وميراث المستهل.

قال طاب ثراه : والصحة لا يمنع القبول كالضيف والأجير على الأشبه.

-
- (١) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٠ س ٢١ قال : وقال ابن الجنيد : وشهادة النساء في الدين جائزة الى قوله : ولا يقضي به بالحق إلا بأربع منهن ، فان شهد بعض فبحساب ذلك.
- (٢) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦١ س ٣٣ قال : الأول النكاح الى قوله : والمفيد منع أيضا ، أي من قبول شهادة النساء في النكاح ، ثم قال : وكذا سار.
- (٣) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦١ س ٣٣ قال : الأول النكاح الى قوله : والمفيد منع أيضا ، أي من قبول شهادة النساء في النكاح ، ثم قال : وكذا سار.
- (٤) تقدم آنفا تحت رقم ١.
- (٥) المنفعة : باب البيئات ص ١١٢ س ٣١ قال : وتقبل شهادة امرأتين مستورتين فيما لا يراه الرجال الى قوله : وإذا لم يوجد على ذلك إلخ ونقله في المختلف : ج ٢ ص ١٦٤ س ٨ قال : وقال شيخنا المفيد : وتقبل شهادة امرأتين إلى قوله : وتقبل شهادة امرأة واحدة في ربع الوصية.
- (٦) المختلف : ج ٢ ص ١٦٤ س ٧ قال : وقال ابن الجنيد : وكل أمر لا يحضره الرجال فشهادة النساء فيه جائزة إلى قوله : فان شهد بعض فبحساب ذلك.

أقول : الأجير هل يقبل شهادته لمستأجره حال كونه أجيرا له؟ قيل فيه ثلاثة أقوال :

(أ) القبول قاله ابن إدريس ^(١) والمصنف ^(٢) والعلامة ^(٣).

(ب) المنع قاله الشيخ ^(٤) والصدوقان ^(٥) ^(٦) والتقي ^(٧) والقاضي ^(٨) وابن حمزة ^(٩).

(ج) القبول مع عدم التهمة والرد معها كما لو شهد الخياط أو القصار بثوب دفع اليه ليخيطه ، أو يقصره ، قاله العلامة في المختلف ^(١٠) ونعم ما قال.

احتج الأولون : بوجود المقتضي وعدم المانع. اما المقتضي : فهو العدالة ، وقوله

(١) السرائر : كتاب الشهادات ص ١٨٣ س ١٥ قال : بل شهادة الأجير مقبولة سواء كان على من استأجره

أوله.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) تحرير الاحكام : ج ٢ كتاب الشهادات ص ٢١٠ س ٦ قال : ويقبل شهادة الأجير والضيف إلخ.

(٤) النهاية : كتاب الشهادات ص ٣٢٥ س ١٣ قال : ولا يجوز قبول شهادة إلى قوله : والأجير.

(٥) المختلف : ج ٢ ص ١٦٦ س ١١ قال : وبه (أي عدم القبول) قال : ابنا بابويه.

(٦) المقنع : باب القضاء والاحكام ص ١٣٣ س ٧ قال : ولا اجير لصاحبه ولا تابع لمتبوعه.

(٧) الكافي : فصل في الشهادات ص ٤٣٦ س ١ قال : ولا تقبل شهادة الشريك فيما هو شريك فيه ولا الأجير لمستأجره.

(٨) المهذب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ٢ قال : والأجير لمستأجره إلخ.

(٩) الوسيلة : فصل في بيان الشهادات ص ٢٣٠ س ١٣ قال : ولا تقبل شهادة خمسة الى قوله : والأجير إذا شهد لمستأجره إلخ.

(١٠) المختلف : ج ٢ في شهادة الأجير ص ١٦٦ س ٢٢ قال : والوجه عندي : ان شهادته ان تضمنت تهمة ، أوجر نفع ، أو دفع ضرر لم تقبل والا قبلت ، وعليه تحمل الروايات المطلقة المانعة من القبول كما لو شهد لصاحب الثوب إلخ.

وفي قبول شهادة المملوك روايتان ، أشهرهما : القبول ^(١) ، وفي شهادته على المولى ، قولان أظهرهما : المنع ، ولو أعتق قبلت للمولى وعليه . ولو اشهد عبديه بحمل انه ولده ، فورثهما غير الحمل ، وأعتقهما الوارث ، فشهدا للحمل ، قبلت شهادتهما ، ورجع الإرث إلى الولد ، ويكره له استرقاقهما .

ولو تحمل الشهادة الصبي ، أو الكافر ، أو العبد ، أو الخصم ، أو الفاسق ، ثم زال المانع وشهدوا قبلت شهادتهم .

تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوَيْ عَدْلِ مِنْكُمْ﴾ ^(١) ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ ^(٢) .

وأما انتفاء المانع ، فلا أنه الأصل ، ولأنه لا تجر شهادته نفعا ، ولا يدفع بها ضررا .

احتج الشيخ برواية زرعة قال : سألت عما يرد من الشهود؟ قال : المريب ، والخصم ، والشريك ، ودافع مغرم والأجير ^(٣) .

ومثله رواية ابن سيابة عن الصادق عليه السلام قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام : لا يجيز شهادة الأجير ^(٤) .

وحمله في الاستبصار على اجيز شهد لمستأجره حال كونه أجيرا له ، لا بعد مفارقتة ، أو لغيره ^(٥) .

واحتج العلامة على تفصيله : باشماله على الجمع بين ما دل عليه عموم الكتاب ، والأصل ، وبين الروايات المانعة مطلقا ^(٦) .

قال طاب ثراه : وفي قبول شهادة المملوك روايتان : أشهرهما القبول الى آخره .

(١) الطلاق : ٢ .

(٢) البقرة : ٢٨٢ .

(٣) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٤٢ الحديث ٤ .

(٤) الاستبصار : ج ٣ (١٥) باب شهادة الأجير ص ٢١ الحديث ١ وقال في ذيل الحديث : هذا الحديث وان كان عاما فينبغي ان يخص إلخ .

(٥) الاستبصار : ج ٣ (١٥) باب شهادة الأجير ص ٢١ الحديث ١ وقال في ذيل الحديث : هذا الحديث وان كان عاما فينبغي ان يخص إلخ .

(٦) تقدم آنفا تحت رقم ١ .

أقول : اختلف الأصحاب في شهادة العبيد على طرفين وواسطة.

أما الطرفان فالمنع من القبول مطلقا قاله الحسن ^(١) إذا كانت على حرّ مؤمن ، ويجوز على مثله أو كافر قاله أبو علي ^(٢). والقبول مطلقا نقله المصنف عن بعض الأصحاب ^(٣).

أما الواسطة : ففيها ثلاثة أقوال :

الأول : القبول مطلقا لا على السيد ^(٤) ، أما الأول ، فلأصل ، ولعموم قوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ ^(٥) و ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ ^(٦).

ولحسنه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلا ^(٧).

وفي معناها رواية محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في شهادة المملوك إذا كان عدلا فهو جائز الشهادة ، ان أول من رد شهادة المملوك عمر بن الخطاب ، وذلك انه تقدم اليه مملوك في شهادة ، فقال : ان أنا أقمت الشهادة تخوفت على نفسي ، وان كتمتها أثمت بري ، فقال : هات شهادتك أما انه لا يجوز شهادة مملوك بعدك ^(٨).

-
- (١) المختلف : ج ٢ في شهادة العبيد ص ١٦٨ س ٢٤ قال : وأطلق ابن أبي عقيل المنع ، فقال لا يجوز شهادة العبيد والإماء في شيء.
- (٢) المختلف : ج ٢ في شهادة العبيد ص ١٦٨ س ٢٣ قال المنع من قبول شهادتهم على حرّ من المؤمنين مطلقا ، وهو قول أبي علي بن الجنيد.
- (٣) الشرائع : ج ٤ كتاب الشهادات ، لواحق هذا الباب ، الثانية قال : وقيل : تقبل مطلقا.
- (٤) النهاية : باب شهادة العبيد والإماء ص ٣٣١ س ٢ قال : لا بأس بشهادة العبيد إذا كانوا عدولا الى قوله : ولا يجوز قبول شهادتهم على ساداتهم.
- (٥) الطلاق : ٢.
- (٦) البقرة : ٢٨٢.
- (٧) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيّنات ص ٢٤٨ الحديث ٣٩.
- (٨) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيّنات ص ٢٤٨ الحديث ٣٨.

وأما الثاني : فلأنه شابه الولد في عدم قبوله على أبيه ، لاشتراكهما في وجوب الطاعة وتحريم العقوق وهو مذهب الشيخ في النهاية ^(١) وبه قال المفيد ^(٢) والسيد ^(٣) وسالار ^(٤) والقاضي ^(٥) وابن حمزة ^(٦) وابن زهرة ^(٧) وابن إدريس ^(٨) واختاره المصنف ^(٩) والعلامة ^(١٠) .
(الثاني) تقبل بالنسبة الى غير السيد ، ولا تقبل عليه ولا له وهو مذهب التقى ^(١١) .
(الثالث) تقبل مطلقا الا لسيدته ، وهو ظاهر الصدوقين ، حيث قالوا : ولا بأس

-
- (١) النهاية : باب شهادة العبيد والإماء ص ٣٣١ س ٢ قال : لا بأس بشهادة العبيد الى قوله لساداتهم وعلى غير ساداتهم ولهم ولا يجوز قبول شهادتهم على ساداتهم.
- (٢) المقنعة : باب البنات ص ١١٢ س ٢٦ قال : وتقبل شهادة العبيد لساداتهم الى قوله : ولا تقبل على ساداتهم وان كانوا عدولا.
- (٣) الانتصار : مسائل القضاء والشهادات ، ص ٢٤٩ ، قال : ولا تقبل على ساداتهم.
- (٤) المراسم : ذكر احكام البنات ص ٢٣٢ س ٦ قال : وتقبل شهادات العبيد لساداتهم الى قوله : واما على ساداتهم فلا تقبل.
- (٥) المذهب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٧ س ٥ قال : وشهادة العبيد لساداتهم لا عليهم.
- (٦) الوسيلة : فصل في بيان الشهادات ص ٢٣٠ س ٢١ قال : والمملوك تقبل شهادته الا على سيده.
- (٧) الغنية (في ضمن الجوامع الفقهية) في الحدود والقضايا ص ٦٢٤ س ٣٤ قال : وتقبل شهادة العبيد لكل واحد عليه الا في موضع نذكره ، ولم نعثر على غير ذلك.
- (٨) السرائر : باب شهادة العبيد والإماء ص ١٨٦ س ٢٩ قال : لا بأس بشهادة العبيد الى قوله : ولا يجوز شهادتهم على ساداتهم.
- (٩) لاحظ عبارة النافع.
- (١٠) المختلف : ج ٢ في شهادة العبيد ص ١٦٩ س ١٣ قال بعد نقل الأقوال : والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.
- (١١) الكافي : فصل في الشهادات ص ٤٣٥ س ١٤ قال : ولا تقبل شهادة العبد لسيدته على كل حال.

(السادس) طهارة المولد : فلا تقبل شهادة ولد الزنا ، وقيل : تقبل في الشيء الدون ،
وبه رواية نادرة.

بشهادة العبد إذا كان عدلاً لغير سيده ^(١) ^(٢) وظاهره المنع فيما عدى ذلك من حيث المفهوم
لا المنطوق.

احتج الحسن : بأن الشهادة من المناصب الجليلة ، فلا يليق بالعبد.
وبصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : العبد المملوك لا يجوز
شهادته ^(٣).

احتج أبو علي بما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : لا يجوز شهادة
العبد المسلم على الحر المسلم ^(٤) وتعليق الحكم على وصف يشعر بعليته ، فينتفي الحكم
عند عدم ذلك الوصف ، والا انتفت فائدة التقييد.

لا يقال : دلالة المفهوم ضعيفة وغير حجة عند الأكثر.
لأننا نقول : يستدل على قبولها على الذمي بمنطوق صحيحة محمد بن مسلم عن
أحدهما عليهما السلام : يجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب ^(٥) وعلى
قبولها في حق العبد بما رواه الشيخ في الخلاف عن علي عليه السلام : انه كان يقبل شهادة
بعضهم على بعض ، ولا يقبل شهادتهم على الأحرار ^(٦).

والجواب على المذهبين ما تقدم من عموم الآيات والمعارضة بالروايات.
قال طاب ثراه : طهارة المولد ، فلا تقبل شهادة ولد الزنا ، وقيل : يقبل في الشيء

(١) المختلف : ج ٢ في شهادة العبيد ص ١٦٨ س ٢٨ قال : وقال الصدوق وأبوه : لا بأس بشهادة العبد لغير
سيده.

(٢) المنع : باب القضاء والاحكام ص ١٣٣ س ٤ قال : وشهادة العبد لا بأس بها لغير سيده.

(٣) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٤٩ قطعة من حديث ٤٣.

(٤) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٤٩ الحديث ٤٢.

(٥) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٤٩ قطعة من حديث ٤٣.

(٦) الخلاف : كتاب الشهادات ، مسألة ١٩ قال : وروي عن علي عليه السلام إلخ.

.....

الدون ، وبه رواية نادرة.

أقول : هنا ثلاثة أقوال :

(الأول) قال في المبسوط : شهادة ولد الزنا مقبولة عند قوم في الزنا وغيره ، وهو قوي ، لكن أخبار أصحابنا تدل على انه لا تقبل شهادته ^(١).

(الثاني) قال في النهاية : تقبل في الشيء الدون مع صلاحه ^(٢).

وتمسك بما رواه عيسى بن عبد الله عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن شهادة ولد الزنا؟ فقال : لا يجوز إلا في الشيء اليسير إذا رأيت منه صلاحا ^(٣).

أجاب العلامة : بأن قبول شهادته في الشيء اليسير ، تعطي المنع من قبول الكثير من حيث المفهوم ، ولا يسير الا وهو كثير بالنسبة الى ما دونه ، فاذن لا يقبل إلا في أقل الأشياء الذي ليس بكثير بالنسبة الى ما دونه ، إذ لا دون له ، ومثله لا يملك ^(٤).

(الثالث) قال في الخلاف : لا تقبل أصلا ^(٥) وبه قال السيد ^(٦)

(١) المبسوط : ج ٨ كتاب الشهادات ص ٢٢٨ س ١٧ قال : شهادة ولد الزنا مقبولة إلخ.

(٢) النهاية : باب تعديل الشهود ومن تقبل شهادته. ص ٣٢٦ س ٧ قال : ولا يجوز شهادة ولد الزنا الى قوله : قبلت في الشيء الدون.

(٣) التهذيب : ج ٦ (٩١) في البيئات ص ٢٤٤ الحديث ١٦.

(٤) المختلف : ج ٢ في شهادة ولد الزنا ص ١٦٧ س ١٨ قال : والجواب إلخ.

(٥) الخلاف : كتاب الشهادات ، مسألة ٥٧ قال : شهادة ولد الزنى لا تقبل وان كان عدلا.

(٦) الانتصار : ص ٢٤٧ س ١٦ قال : مسألة. ومما انفردت به الإمامية القول : بأن شهادة ولد الزنا لا تقبل.

وأبو علي ^(١) والقاضي ^(٢) وابن إدريس ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥).
واختلفوا في الدليل : فالعلامة : لأنه من المناصب الجليلة ، وهو ناقص ، فلا يليق به
كالإمامة ^(٦).

ولصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال : لا يجوز شهادة ولد الزنا
^(٧).

وما في معناها ^(٨).

وابن إدريس : لأنه عند أصحابنا كافر وإجماعهم عليه ^(٩).
وأبو علي : لقول النبي صلى الله عليه وآله : (ولد الزنا شر الثلاثة) ولا شك ان
الاثنين لا تقبل شهادتهما فيكون أولى بعدم القبول ، ولأن شهادة أبويه تقبل ^(١٠) إذا

(١) المختلف : في شهادة ولد الزنا ص ١٦٦ س ٣٢ قال : وقال ابن الجنيد : الى قوله : فهو أيضا غير مقبول
شهادته الى قوله : والوجه : المنع من قبول شهادته مطلقا ، لنا ان الشهادة من المناصب الجليلة وهو ناقص فلا
يليق به ، كالإمامة فكما لم يشرع ان يكون اماما فكذا هنا.

(٢) المهذب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٧ س ١٩ قال : وكذلك (أي الشهادة التي هي غير صحيحة)
شهادة ولد الزنا.

(٣) السرائر : كتاب الشهادات ص ١٨٣ س ٢٦ قال : ولا يجوز شهادة ولد الزنا ، لأنه عند أصحابنا كافر
بإجماعهم.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف : في شهادة ولد الزنا ص ١٦٦ س ٣٢ قال : وقال ابن الجنيد : الى قوله : فهو أيضا غير مقبول
شهادته الى قوله : والوجه : المنع من قبول شهادته مطلقا ، لنا ان الشهادة من المناصب الجليلة وهو ناقص فلا
يليق به ، كالإمامة فكما لم يشرع ان يكون اماما فكذا هنا.

(٦) تقدم آنفا.

(٧) التهذيب : ج ٦ (٩١) في البيئات ص ٢٤٤ الحديث ١٨.

(٨) التهذيب : ج ٦ (٩١) في البيئات ص ٢٤٤ الحديث ١٥ و ١٧ وتما الحديث (قلت : ان الحكم يزعم انها
تجوز؟ فقال : اللهم لا تغفر ذنبه.

(٩) تقدم آنفا.

(١٠) هكذا في النسخ المخطوطة التي عندي ، وفي المختلف : ج ٢ ص ١٦٦ س ٣٣ قال بعد قوله : لا تقبل
شهادتهما ما لفظه : (فهو أيضا غير مقبول شهادته ولأنه شرهم ما تقبل شهادة أبويه إذا تابا وشهادته غير مقبول
إلخ).

تأبا ، وإذا كان شر الثلاثة لا تقبل شهادته وإن استقامت طريقته ^(١).
وعورض بقوله تعالى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ ^(٢) فلا يؤخذ بذنب أبيه ، لاستحالة
الظلم عليه عقلا ، ولقوله تعالى ﴿وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا﴾ ^(٣). وأيضا فإنه من الاخبار
الضعاف ، ما رواه الا ضعيف ، وقد منع نص القرآن منه ^(٤). ولو سلم منعنا دلالة ، لجواز
ارادة كونه شرهم فسقا إذا كان زانيا ، لجمعه بين خبث الأصل والفرع ، وجاز ان يكون قد
أشير به الى واحد معين من ثلاثة هو شرهم ، ويكون ذكر الزنا تعريفا لا تعليلا كما في قوله
تعالى ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ ^(٥).

وقد قيل : ان أبا غرة الجمحي كان يهجو رسول الله صلى الله عليه وآله ، فذكر عند
النبي صلى الله عليه وآله قوله : وقيل فيه : انه ولد زنية ، فقال عليه السلام : ولد الزنا شر
الثلاثة ، يعني أبا غرة ^(٦).

واحتج السيد بقوله صلى الله عليه وآله : ولد الزنا لا يدخل الجنة ، ومعنى ذلك ان
يكون الله تعالى علم فيمن خلق من نطفة زنا ، انه لا يختار الخير والصلاح ^(٧) فلا يلتفت الى
ظاهره المقتضي لظن العدالة به ، ونحن قاطعون على خبث باطنه وقبح سريرته ، فلا تقبل
شهادته ، لأنه غير عدل ، وعلى هذا يجب ان يقع الاعتماد ، دون

(١) المختلف : ج ٢ ص ١٦٦ س ٣٢.

(٢) الانعام : ١٦٤.

(٣) الكهف : ٤٩.

(٤) قال تعالى ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ الآية سورة الحجرات : ٦.

(٥) النور : ٣.

(٦) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٥٣٤ الحديث ٢٣ وفي سنن البيهقي : ج ١٠ ص ٥٨ باب ما جاء في ولد الزنا
س ١٥ قال : إنما كان رجل من المنافقين يؤذي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال : من يعذرني من
فلان؟ قيل : يا رسول الله انه مع ما به ولد الزنا فقال : هو شر الثلاثة.

(٧) الانتصار : في الشهادة ص ٢٤٨ س ٨ قال : ومعنى ذلك إلخ وفيه تحقيق لطيف فراجع.

ويلحق بهذا الباب مسائل

(الأولى) التبرع بالأداء قبل الاستنطاق يمنع القبول ، لتطرق التهمة. وهل يمنع في حقوق الله؟ فيه تردد.

ما تعلق به أبو علي.

قال العلامة : ولا فرق بين ما تعلق به السيد وأبو علي ، لان كلا الخبرين احاد ، ولعله قد كان الخبر الذي رواه أبو علي متواترا في زمانه.

والحق ان رده انما هو لكون ذلك من المناصب الجليلة ، فلا يليق به ^(١).

قال طاب ثراه : التبرع بالأداء قبل الاستنطاق يمنع القبول ، لتطرق التهمة ، وهل يمنع في حقوق الله؟ فيه تردد.

أقول : حرص الشاهد وتبرعه بأداء الشهادة قبل سؤال الحاكم له تطرق للتهمة إليه ، فيدخل تحت عموم قوله صلى الله عليه وآله : (لا يجوز شهادة خصم ولا ظنين) ^(٢) والظنين المتهم ، قاله أهل اللغة ^(٣) وهو مروي عنهم عليهم السلام ^(٤).

ومثله قول الصادق عليه السلام : تقوم الساعة على قوم يشهدون من غير ان يستشهدوا ^(٥).

(١) المختلف : ج ٢ في شهادة ولد الزنا ص ١٦٧ س ١٤ قال : وهذا الذي ذكره السيد على طوله ليس دليلا ، إذ لا أولوية إلخ.

(٢) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٥٣٥ الحديث ٢٦ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) النهاية لابن الأثير : ج ٣ باب الظاء مع النون ص ١٦٣ قال : وفيه : (لا تجوز شهادة ظنين) اي متهم في ذنبه ، من الظننة التهمة.

(٤) دعائم الإسلام : ج ٢ فصل ٢ ذكر من يجوز شهادته ومن لا يجوز ص ٥١١ الحديث ١٨٣١ و ١٨٣٢ و ١٨٣٣ وغيرها.

(٥) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٥٣٥ الحديث ٢٧ ولاحظ ما علق عليه.

وهذه الاخبار خرج في معرض الإنكار والتعجب ، فهو اذن مانع من قبول الشهادة في حقوق الناس إجماعا.

وهل يمنع في حقوق الله سبحانه؟ كالزنا وشرب الخمر ، والمصالح العامة ، كالوقوف على القناطر ، والمساجد ، والوصية للفقراء ، تردد المصنف ، ومنشأه : تردده في وجود العلة المانعة من القبول وهو الحرص.

وأطلق المفيد ^(١) والشيخ في النهاية ^(٢) والقاضي ^(٣) القول بعدم جواز الأداء قبل السؤال.

ومن ان مثل هذه الأمور لا مدعى لها ، فلو لم يشرع فيها التبرع لبطلت الاحكام وهو غير جائز.

ولأنه نوع حسبة فيكون سائغا بل واجبا ، فلا يعدّ تبرعا ، ويحمل إطلاق الأصحاب على هذا التفصيل.

ويندفع التبرع : بان يقول للحاكم عندي شهادة ، أو حضر حسبة ، أو هنا ، أو معي حسبة ، فيقول الحاكم هات ما عندك ، فيقصّ ما علمه ، ولا يكون حينئذ متبرعا ، لأنه أداها بعد سؤال الحاكم له واستنطاقه بها.

تنبيه

لا فرق بين الأداء قبل الدعوى ، أو بعدها قبل سؤال الحاكم ، كل ذلك يسمى

(١) المقنعة : باب البيّنات ص ١١٣ س ٣ قال : وليس يجوز للشاهدان يشهد قبل أن يسأل.

(٢) النهاية : باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ٣٣٠ س ٧ قال : ولا يجوز للشاهدان يشهد قبل ان يسأل عن الشهادة.

(٣) المهذب : ج ٢ الشهادة على الشهادة ص ٥٦١ س ١٥ قال : ولا يجوز لإنسان ان يشهد قبل ان يسأل عن الشهادة.

(الثانية) الأصم تقبل شهادته فيما لا يفتقر الى السماع. وفي رواية يؤخذ بأول قوله. وكذا تقبل شهادة الأعمى فيما لا يفتقر إلى الرؤية.

تبرعا ، ولا تقضي بفسق الشاهد ولا تصر به مجروحا ، فيجوز شهادته في غير تلك الواقعة ، وهل يجوز فيها في غير ذلك المجلس؟ نظر.

قال طاب ثراه : الأصم تقبل شهادته فيما لا يفتقر الى السماع. وفي رواية تؤخذ بأول قوله. وكذا تقبل شهادة الأعمى فيما لا يفتقر إلى الرؤية.

أقول : المشهور قبول شهادة الأصم فيما يكفي فيه حاسة البصر ، ولا حاجة فيه الى السمع كالقتل والغصب ، لعموم قوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ ^(١) ولان المناط العدالة المثمرة للظن ، المناسب لقبول الشهادة ، وهو اختيار التقي ^(٢) وابن إدريس ^(٣) والمصنف ^(٤) والعلامة ^(٥).

وقال الشيخ في النهاية : ولا بأس بشهادة الأصم غير انه يؤخذ بأول قوله ، لا بثنائه ^(٦) وبه قال القاضي ^(٧) وابن حمزة ^(٨).

مصبورا إلى رواية جميل عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن شهادة الأصم

(١) الطلاق : ٢.

(٢) لم يوجد في الكافي ولكنه في المختلف : ج ٢ ص ١٦٧ س ٢٠ قال : وقال أبو الصلاح : تقبل شهادة الأعمى إلى قوله : والأصم ، وأشار إليه في هامش الكافي : ص ٤٣٦ تحت رقم ٣.

(٣) السرائر : في الشهادات ص ١٨٣ س ٣٦ لا بأس بشهادة الأصم.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف : ج ٢ في بيان شهادة الأصم ص ١٦٧ س ٢٢ قال : والوجه ما قاله أبو الصلاح.

(٦) النهاية : كتاب الشهادات ص ٣٢٧ س ٤ قال : ولا بأس بشهادة الأصم غير انه يؤخذ بأول قوله ولا يؤخذ بثنائه.

(٧) المهذب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٦ س ١٧ قال : وشهادة الأصم ، ويؤخذ بأول قوله ولا يؤخذ بثنائه.

(٨) الوسيلة : فصل في بيان الشهادات ص ٢٣٠ س ١٠ قال : والصمم ويؤخذ بأول قول صاحبه.

(الثالثة) لا تقبل شهادة النساء في الهلال ، والطلاق. وفي قبولها في الرضاع تردد^(١) ، أشبهه القبول ، ولا تقبل في الحدود.

في القتل؟ قال : يؤخذ بأول قوله ولا يؤخذ بالثاني^(١).

وأجاب العلامة عنها بوجهين :

(أ) ان في طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف^(٢).

(ب) لو قلنا بموجبها لم يناف مطلوبنا ، لان القول الثاني ان كان منافيا للأول ، كان رجوعا عما شهد به أولا ، وهو غير مسموع ، وان لم يكن منافيا كان شهادة أخرى مستأنفة ، أو تأكيداً.

وفيه نظر : لان الرجوع الذي لا يسمع ولا يؤثر في إبطال ما شهد به أولا ، انما هو الرجوع الحاصل بعد الحكم بالشهادة ، وليس في الرواية ما يدل على ذلك ، وحيث جاز ان يكون المنافي حصل قبل الحكم ، بل جاز حصوله في تمام حكاية الشهادة ، فيوجب التخليط ، وذلك يقتضي ردها ، وعلى ما تضمنته الرواية : من الأخذ بالأول وترك الاعتداد بالثاني ، يقتضي قبولها ، فيتنافى المذهبان ، ولم يمكن العمل بالموجب.

قال طاب ثراه : وفي قبولها في الرضاع تردد.

أقول : البحث هنا يقع في مقامين :

(الأول) هل يقبل شهادة النساء في الرضاع ، أم لا؟ فيه مذهبان.

المنع : ذهب اليه الشيخ في الخلاف^(٣) وفي فصل الرضاع من المبسوط^(٤) وهو

(١) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البنات ص ٢٥٥ الحديث ٦٩.

(٢) سند الحديث كما في التهذيب (عن سهل بن زياد ، عن إسماعيل بن مهران ، عن درست ، عن جميل).

(٣) الخلاف : كتاب الشهادات ، مسألة ٩ قال : ولا تقبل في الرضاع أصلاً.

(٤) المبسوط : ج ٥ كتاب الرضاع ص ٣١١ س ٧ قال : شهادة النساء لا تقبل في الرضاع عندنا.

.....

اختيار ابن إدريس^(١).

والقبول : ذهب اليه الشيخ في كتاب الشهادات من المبسوط^(٢) وبه قال المفيد^(٣) وتلميذه^(٤) وابن حمزة^(٥) وهو ظاهر الحسن^(٦) وأبي علي^(٧) واختاره المصنف^(٨) والعلامة^(٩).

احتج المانعون : بأصالة الإباحة ، فلا تعارضها شهادة النساء الضعيفة.
وأجيب : بالمنع من أصالة الإباحة ، بل الأصل عصمة الفرج ، والمعارضة بالاحتياط.
احتج الآخرون : بأنه من الأمور الخفية عن الرجال ، وإنما يعاينه النساء غالبا ، فمست الحاجة الى قبولها فيه ، كغيرها من العيوب الخفية على الرجال كالعذرة.

-
- (١) السرائر : باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ٩ قال : ضرب لا يجوز قبولها على وجه ، الى قوله : والرضاع.
(٢) المبسوط : ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٢ س ١٥ قال : والثالث الى قوله : واربع نسوة وهو الولادة والرضاع.
(٣) المقنعة : باب البيئات ص ١١٢ س ٣١ قال : وتقبل شهادة امرأتين مسلمتين الى قوله : والاستهلال والرضاع.
(٤) المراسم : ذكر احكام البيئات ص ٢٣٣ س ١٥ قال : واما ما تؤخذ فيه شهادة النساء الى قوله : والرضاع.
(٥) الوسيلة : فصل في بيان اعداد البينة ص ٢٢٢ س ٦ قال : وخامسها شهادة أربع نسوة إلى قوله : والرضاع.
(٦) المختلف : ج ٢ فيما يقبل شهادة منفردات ص ١٦٤ س ١ قال : وقال شيخنا المفيد : يقبل شهادة النساء منفردات في الرضاع الى قوله : وهو الظاهر من كلام ابن جنيد وابن أبي عقيل ، الى قوله : والوجه عندي القبول.
(٧) المختلف : ج ٢ فيما يقبل شهادة منفردات ص ١٦٤ س ١ قال : وقال شيخنا المفيد : يقبل شهادة النساء منفردات في الرضاع الى قوله : وهو الظاهر من كلام ابن جنيد وابن أبي عقيل ، الى قوله : والوجه عندي القبول.
(٨) لاحظ عبارة النافع.
(٩) تقدم قوله آنفا.

وبرواية عبد الله بن بكير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام في امرأة أرضعت غلاما وجارية؟ قال : يعلم ذلك غيرها؟ قلت : لا ، قال : لا تصدق ان لم يكن غيرها ^(١) دل بمفهومه على تصديقها مع غيرها ، وهو أعم من الرجال والنساء.

وقدح فيه فخر المحققين من ثلاثة أوجه :

(أ) ضعف السند من ابن بكير.

(ب) إرسالها.

(ج) كونها دلالة مفهوم ^(٢).

(المقام الثاني) على القول بقبولها في الرضاع ، هل يفتقر فيه الى أربع ، أم لا؟ قيل فيه : أربعة أقوال :

(الأول) اعتبار الأربع ، ولا يكفي ما نقص عن ذلك ، قاله العلامة ^(٣) وهو ظاهر المصنف ، حيث قال في الشرائع : وكل موضع تقبل فيه شهادة النساء لا تقبل فيه أقل من أربع ^(٤).

(الثاني) يقبل ما دون الأربع ويقضي فيه بحسابه من ذلك كالوصية ، وقد ذكرناها فيما مضى ، وهو قول أبي علي وعبارته : وكل أمر لا يحضره الرجال ولا يطلعون عليه فشهادة النساء فيه جائزة كالعذرة والاستهلال والحيض ، ولا تقضى بالحق الا

(١) التهذيب : ج ٧ (٢٧) باب ما يحرم من النكاح ومن الرضاع وما لا يحرم منه ص ٣٢٣ الحديث ٣٨.

(٢) الإيضاح : ج ٤ كتاب الشهادات ص ٤٣٥ س ١٩ قال : وفيه نظر إلخ.

(٣) المختلف : ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٤ س ٦ قال : تنبيه ، الظاهر انه لا يقبل في الرضاع إلا شهادة أربع.

(٤) الشرائع : كتاب الشهادات ، واما حقوق الآدمي ، الثالث : ما يثبت بالرجال والنساء ، قال في آخره : وكل موضع تقبل فيه شهادة النساء إلخ.

.....

بأربعة منهن ، فان شهد بعضهن فبحساب ذلك ^(١).

(الثالث) قبول المرأتين فيما لا يراه الرجال كالعذرة وعيوب النساء والنفاس والحيض والاستهلال والرضاع ، وإذا لم يوجد على ذلك إلا شهادة امرأة واحدة مأمونة قبلت شهادتها فيه ، قاله المفيد ^(٢).

(الرابع) قبول الواحدة في الرضاع والحيض والنفاس والاستهلال والولادة والعذرة وعيوب النساء ، قاله الحسن ^(٣) وسالار ^(٤) ولم يقيدا بحال الضرورة.

احتج العلامة : بأن عادة الشرع في باب الشهادات ، اعتبار المرأتين بالرجل ، وانما تثبت الحقوق غالبا بشهادة رجلين ، فيثبت ما لا يطلع عليه الرجال بما يساوى الرجلين اعتبارا بباقي الحقوق ^(٥).

احتج الآخرون بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : تجوز شهادة القابلة وحدها في المنفوس ^(٦).

وفي معناها روايات أخر ^(٧).

(١) المختلف : ج ٢ فيما لا تقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٤ س ٧ قال : وقال ابن الجنيد : وكل أمر لا يحضره الرجال الى قوله : فان شهد بعضهن فبحساب ذلك الى ان قال : وقال ابن أبي عقيل : إذا شهدت القابلة وحدها في الولادة ، فشهادتها جائزة إلخ.

(٢) المقنعة : باب البيئات ص ١١٢ س ٣٢ قال : وإذا لم يوجد على ذلك إلا شهادة امرأة واحدة مأمونة قبلت شهادتها.

(٣) المختلف : ج ٢ فيما لا تقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٤ س ٧ قال : وقال ابن الجنيد : وكل أمر لا يحضره الرجال الى قوله : فان شهد بعضهن فبحساب ذلك الى ان قال : وقال ابن أبي عقيل : إذا شهدت القابلة وحدها في الولادة ، فشهادتها جائزة إلخ.

(٤) المراسم : ذكر احكام البيئات ص ٢٣٣ س ١٧ قال : وتقبل فيه (اي فيما لا يراه الرجال) شهادة امرأة واحدة إذا كانت مأمونة.

(٥) المختلف : ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء ص ١٦٤ س ١٢ قال : لنا ان عادة الشرع في باب الشهادات إلخ.

(٦) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٥٣٦ الحديث ٣٠ ولاحظ ما علق عليه.

(٧) الاستبصار : ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٩ الحديث ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٩ وغيرها.

.....

وأجيب : بالقول بالموجب ، فانا نقبلها في ربع الحق لصريح روايات.
منها صحيحة عمر بن يزيد عن الصادق عليه السلام قال : سألت عن رجل مات وترك امرأته وهي حامل ، فوضعت بعد موته غلاما ، ثم مات الغلام بعد ما وقع على الأرض ، فشهدت المرأة التي قبلها : انه استهل وصاح حين وقع على الأرض ، ثم مات قال : على الامام ان يجيز شهادتها في ربع ميراث الغلام^(١).
فالحاصل : ان المفيد اكتفى بالمرأتين مع القدرة وبالواحدة مع التعذر^(٢) وسار^(٣) والحسن^(٤) اختيارا ، وأبو علي اعتبر الأربع^(٥) وأجاز بعضهن اختيارا لكن تقضى بحساب الشهادة ، والعلامة اعتبر الأربع وألغى ما دونهن إلا في الوصية والاستهلال فأجاز بالنسبة^(٦).

تنبيه

المشهور قبول النساء في الوصية والاستهلال وان وجد الرجال ، والروايات دالة عليه وخالية عن قيد الاشتراط^(٧) وقال في النهاية : وذلك لا يجوز الا عند عدم

-
- (١) الكافي : ج ٧ باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز ص ٣٩٢ الحديث ١٢ .
(٢) المقنعة : باب البيئات ص ١١٢ س ٣١ قال : وتقبل شهادة امرأتين إلى قوله : وإذا لم يوجد إلا شهادة امرأة واحدة قبلت شهادتها.
(٣) المراسم : ذكر احكام البيئات ص ٢٣٣ س ١٧ قال : وتقبل فيه شهادة امرأة واحدة.
(٤) و ٥ و ٦ المختلف : ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٤ س ٧ قال : وقال ابن الجنيد : الى قوله : ولا يقضي به بالحق إلا بأربع منهن الى قوله : وقال ابن أبي عقيل : إذا شهدت القابلة وحدها ، فشهادتها جائزة ، الى قوله : لنا ان عادة الشرع في باب الشهادات اعتبار المرأتين بالرجل ثم قال : فيثبت ما لا يطلع عليه الرجال بما يساوي الرجلين إلخ.
(٧) الاستبصار : ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٨ الحديث ٢٠ و ٢١ و ٢٤ وغير ذلك.

وتقبل مع الرجال في الرجم على تفصيل يأتي. وفي الجراح والقتل بان يشهد رجل وامرأتان ، ويجب بشهادتهن الدية ، لا القود ، وفي الديون مع الرجال ، ولو انفردن ك امرأتين مع اليمين ، فالأشبه عدم القبول.

الرجال ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) وابن إدريس ^(٣).

قال طاب ثراه : وفي الديون مع الرجال. ولو انفردن ك امرأتين مع اليمين فالأشبه عدم القبول.

أقول : مذهب الشيخ في الكتب الثلاثة القبول ^(٤) ^(٥) ^(٦) وبه قال القاضي ^(٧) وابن حمزة ^(٨) وأبو علي ^(٩) وهو ظاهر النقي ^(١٠) واختاره العلامة في المختلف ^(١١).

(١) النهاية : باب شهادة النساء ص ٣٣٣ س ١٥ قال : وذلك (أي القبول في الوصية) لا يجوز الا عند عدم الرجال.

(٢) المهذب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٩ س ٧ قال : وذلك لا يجوز التعويل عليه الا مع عدم الرجال.

(٣) السرائر : باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ٢٤ قال : وتقبل شهادة امرأة واحدة إلى قوله : وذلك عند عدم الرجال.

(٤) النهاية : باب شهادة النساء ص ٣٣٣ س ٦ قال : وتقبل شهادتهن في الديون مع الرجال وعلى الانفراد.

(٥) المبسوط : ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٤ س ٦ قال : إذا ادعى حقا هو مال إلى قوله : أو بشاهد وامرأتين حكم له بذلك إلخ.

(٦) الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٦٦ قال : لا تقبل شهادة النساء على الشهادة إلا في الديون إلخ.

(٧) المهذب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ٢٠ قال : وتقبل شهادتهن في الديون مع الرجال وعلى الانفراد إلخ.

(٨) الوسيلة : فصل في بيان اعداد البينة وغيرها ص ٢٢٢ س ٤ قال : ورابعها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين إلى قوله : في المال ، وما كان وصلة اليه ، وس ١٤ قال : وتقبل شهادة النساء إلى قوله : ومع اليمين إذا لم يكن رجال وهي في موضعين في المال إلخ.

(٩) المختلف : ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٤ س ٢٥ قال : وهل يثبت بشهادة امرأتين ويمين المدعى إلى قوله : وبه قال ابن الجنيد ثم قال بعد أسطر : والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

(١٠) الكافي : فصل في الشهادات : ص ٤٣٦ س ٥ قال : ويقبل فيما عدى ذلك امرأتان برجل.

(١١) المختلف : ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٤ س ٢٥ قال : وهل يثبت بشهادة امرأتين ويمين المدعى إلى قوله : وبه قال ابن الجنيد ثم قال بعد أسطر : والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

ومذهب ابن إدريس المنع^(١) واختاره المصنف^(٢).
احتج الأولون : بأن شهادة المرأتين كشهادة الرجل الواحد ، وقد ثبت الحق بشهادته مع اليمين فكذا مساويه.
أما الأولى : فلقبول الرجل والمرأتين إجماعاً في الدين. ولوقوع التعادل في باب التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين ، ولو لا التساوي لما صح ذلك.
وأما الثانية : فلقضاء العقل بتساوي حكم المتساويين ، فأبي دليل منع من ذلك؟!
واحتج ابن إدريس : بأصالة براءة الذمة. وبأن جعلهما بمنزلة الرجل في هذا الموضع يحتاج الى دليل شرعي ، والأصل ان لا شرع ، وحملهما على الرجل قياس ، وهو عندنا باطل^(٣).

تحقيق

وينقسم الحقوق إلى أقسام :
(الأول) رؤية الأهلة ، وثبوت ولاية القاضي ، والرشد في الذكور ، ولا تقبل الا بشاهدين ذكرين ، وهو إجماع. أما الرشد في النساء ، فتقبل فيه شهادة النساء قطعاً. وهل تقبل في بلوغهن؟ قال في باب الحجر من التحرير ، نعم^(٤) ، وأطلق في باب

(١) السرائر : كتاب الشهادات ص ١٨٢ س ٥ قال : والذي يقتضي النظر : انه لا يقبل شهادة امرأتين مع يمين المدعى وجعلهما بمنزلة الرجل يحتاج الى دليل إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) تقدم آنفاً.

(٤) التحرير : ج ١ ، المقصد الرابع في الحجر ص ٢١٨ س ٣٠ قال : (يب) يثبت البلوغ والرشد الى قوله : بشهادة النساء في النساء.

الشهادات منه ^(١) ومن القواعد : الاقتصار على الرجال في البلوغ ^(٢) ولم يفصل بين الذكور والإناث ، وكذا الشهيد ^(٣).

وفي صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام : ان النبي صلى الله عليه وآله أجاز شهادة النساء في رؤية الهلال ^(٤).

(الثاني) الجنائيات ، وفيها ثلاثة أقوال :

(الأول) قبول المرأتين مع الرجل ، ويثبت بذلك القود قاله المفيد ^(٥) وهو ظاهر الحسن ^(٦).

(الثاني) عدم القبول أصلاً قاله الشيخ في الخلاف ^(٧) وتبعه ابن إدريس ^(٨).

(الثالث) القبول ويثبت بذلك ما يوجب الدية ابتداء ، كالخطأ ، وكسر العظام ،

(١) التحرير : ج ٢ ، الفصل الرابع في تفصيل الحقوق ، ص ٢١٢ س ١٧ قال : (ب) حقوق الآدمي ثلاثة ، منها ما لا يثبت الا بشاهدين الى قوله : والبلوغ.

(٢) القواعد : ج ٢ في الشهادات ص ٢٣٨ س ٢١ قال : الثانية ما عدا الزنا مما فيه حق الى قوله : ولا يثبت الا بشاهدين ثم قال : وكذا البلوغ.

(٣) اللمعة : ج ٣ في تفصيل الحقوق ص ١٤٢ س ١ قال : ومنه الإسلام والبلوغ.

(٤) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٥٣٧ الحديث ٣٢ ولاحظ ما علق عليه ، وأورده في المختلف : ج ٢ ص ١٦٣ س ٨.

(٥) لم أظفر عليه مع الفحص الطويل.

(٦) المختلف : ج ٢ فيما لا يقبل فيه شهادة النساء منفرداً ص ١٦٣ س ٢ قال : وشهادة النساء مع الرجال جائزة إذا كن ثقات.

(٧) الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٤ قال : لا يثبت النكاح الى قوله : والقتل الموجب للقود الى قوله : ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين.

(٨) السرائر : باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ١٧ قال : فان شهد رجل وامرأتان على رجل بالقتل أو الجراح فقد ذهب شيخنا أبو جعفر في نهايته الى قبولها والذي يقوى في نفسي خلاف ذلك وانها غير مقبولة إلخ.

وكذا العمدة وتجب به الدية دون القصاص قاله الشيخ في النهاية ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) والتقني ^(٣) وهو مذهب أبي علي ^(٤) واختاره العلامة في المختلف ^(٥).

احتج الأولون : بما رواه الكنايني عن الصادق عليه السلام : قال تجوز شهادة النساء في الدم ^(٦).

ومثلها رواه جميل بن دراج ^(٧) وزيد الشحام ^(٨).

احتج المانعون : بما رواه ربعي عن الصادق عليه السلام قال : لا تجوز شهادة النساء في القتل ^(٩).

ومثلها رواية محمد بن الفضيل ^(١٠).

احتج المفصلون : باشتغال ذلك على الجمع ، والعمل بالقولين جميعا ، فيمنع من القصاص اقتصارا في التسلط على موضع الإجماع ، ولأن فائت الدماء غير

(١) النهاية : بيان شهادة النساء ص ٣٣٣ س ٢ قال : ويجوز شهادة النساء في القتل والقصاص إذا كان معهن رجال إلخ.

(٢) المهذب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ١٨ قال : ويقبل شهادتهن في القتل والقصاص ، ولا يقاد بها إلخ.

(٣) الكافي : فصل في الشهادات ص ٤٣٦ س ٥ قال : ويقبل فيما عدى ذلك امرأتان برجل ولا يقتصر بشهادتهن إلخ.

(٤) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ٢٥ قال : وابن الجنيد وافق كلام شيخنا في النهاية إلى قوله : وهو المعتمد.

(٥) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ٢٥ قال : وابن الجنيد وافق كلام شيخنا في النهاية إلى قوله : وهو المعتمد.

(٦) الاستبصار : ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٧ قطعة من حديث ١٦.

(٧) الاستبصار : ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٦ الحديث ١٤.

(٨) الاستبصار : ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٧ الحديث ١٥.

(٩) الاستبصار : ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٧ الحديث ١٩.

(١٠) الاستبصار : ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٣ قطعة من حديث ٥.

مستدرك ، ويحمل اخبار المنع عليه ، ويوجب الدية حقنا للدم ، لكيلا يطل دم امرء مسلم ، وللبالغة الشارع في التحفظ على الدماء ، وصيانتها عن الاستهانة بأمرها ، ولهذا قيل فيها قسامة المدعي ، واجازة شهادة الصبيان كيلا يجد الفاسق فرصة الخلوة بعدوه ، فيثبت المدعي حقه بالقسامة وبالصبيان ، فالنساء اولى لرفع التهمة عن شهداتهن ، وثبوت التكليف في حقهن ، ويحمل اخبار القبول عليه.

تذنيب

وعلى القبول يشترط الضميمة مع الرجال في المشهور من فتاوى علمائنا. وقال التقي : يقبل شهادة المراتين في نصف دية النفس ، أو العضو ، أو الجراح ، والواحدة في الربع ^(١) وهو غريب.

(الثالث) الحدود ، وفيها أربعة أقوال :

(الأول) المنع مطلقا قاله المفيد ^(٢) وتلميذه ^(٣) وهو ظاهر الحسن ^(٤).

(الثاني) القبول مع الضميمة مطلقا ، وإن كان رجلا مع ستة نسوة ثبت الجلد لا الرجم ، ولو كن أربع نسوة مع رجلين ثبت الرجم قاله في الخلاف ^(٥) وهو نادر ،

(١) الكافي : التكليف الثالث من الشهادات ص ٤٣٩ س ١٣ قال : وتقبل شهادة امرأتين في نصف دية النفس أو العضو إلخ.

(٢) المقنعة : باب البيئات ص ١١٢ س ٣٣ قال : ولا تقبل شهادة النساء في النكاح والطلاق والحدود.

(٣) المراسم : ذكر احكام البيئات ص ٢٣٣ س ١١ قال : وما تقبل فيه شهادة النساء الى قوله : فالديون والأموال (ومن هذا الكلام يستفاد الانحصار).

(٤) المختلف : ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٢ س ٣٩ قال : وقال ابن أبي عقيل : الى قوله : وشهادة النساء مع الرجال جائزة في كل شيء إذا كن ثقات ، قال : وهذا يعطي منع قبول شهداتهن في الزنا منفردات ومنضمات.

(٥) الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٢ قال : حقوق الله تعالى كلها لا تثبت بشهادة النساء إلا الشهادة بالزنا فإنه روى أصحابنا إلخ.

وقال في النهاية : إذا شهد رجل وستّ نسوة ، حدّ الشهود للفرية ^(١) وهو المشهور.
(الثالث) القبول إذا زادت الضميمة على الواحد ، فإذا شهد رجلان وأربع نسوة ثبت
الجلد على الزاني وإن كان محصناً ، لا الرجم ، وإن شهد امرأتان وثلاثة رجال ثبت الرجم قاله
الشيخ في النهاية ^(٢) وتبعه القاضي في أحد قوليّه ^(٣) وابن حمزة ^(٤) وابن إدريس ^(٥) والمصنف ^(٦) والعلامة ^(٧).

(الرابع) لا يقبل إلا ثلاثة رجال وامرأتين ، ويجب الرجم ، وهو مذهب القاضي ^(٨)

-
- (١) النهاية : باب شهادة النساء ص ٣٣٢ س ١٦ قال : فإن شهد رجل وست نسوة إلى قوله : جلدوا حد
الفرية ، وقال قبل ذلك بسطرين : وإن شهد رجلان وأربع نسوة بذلك إلى قوله : بل يحدّ حدّ الزاني.
(٢) النهاية : باب شهادة النساء ص ٣٣٢ س ١٦ قال : فإن شهد رجل وست نسوة إلى قوله : جلدوا حد
الفرية ، وقال قبل ذلك بسطرين : وإن شهد رجلان وأربع نسوة بذلك إلى قوله : بل يحدّ حدّ الزاني.
(٣) المذهب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ١٧ قال : أو رجل وست نساء بالزنا لم يقبل شهادتهم وحدّوا
حدّ الفرية.
(٤) الوسيلة : في بيان اعداد البينة ص ٢٢٢ س ١٨ قال : فإن شهد ثلاثة رجال وامرأتان بأحدهما لزم بها الرجم
، وإن شهد رجلان إلخ.
(٥) السرائر : باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ١١ قال : إذا شهد ثلاثة رجال وامرأتان إلى قوله : وإن شهد
رجلان وأربع نسوة إلخ.
(٦) الشرائع : في أقسام الحقوق ، حق الآدمي ، قال : ويثبت الزنا خاصة بثلاثة رجال وامرأتين ، وبرجلين وأربع
نساء ، غير أن الأخير لا يثبت به الرجم.
(٧) القواعد : ج ٢ ، الفصل الثاني في العدد ص ٢٣٨ س ١٨ قال : ويثبت الزنا خاصة بشهادة ثلاث رجال
وامرأتين ويجب الرجم مع الإحصان إلخ.
(٨) المذهب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ١٧ قال : وإن شهد رجلان وأربع نسوة ، أو رجل وست
نساء بالزنا لم تقبل شهادتهم إلخ.

.....

وظاهر الصدوقين^(١) والتقي^(٢).

احتج المفيد بصحيفة محمد بن مسلم عن الصادق قال : إذا شهد ثلاثة رجال وامرأتان في الرجم لم يجز^(٤).

وروى غياث بن إبراهيم عن الصادق عن الباقر عن علي عليهم السلام قال : لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا قود^(٥).

واحتج الشيخ على دعوى الخلاف بعموم قوله عليه السلام للمرأة التي سألته عن حال نقصهن : اما نقص عقولكن فشهادة امرأتين بشهادة رجل^(٦) ولم يخص بذلك في دين ولا غيره. وبعموم هذا الحديث يتمسك كل من قبلها في النكاح والقصاص والوصية اليه ، ويجريه على عمومه.

واحتج القاضي : بما رواه محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السلام : ويجوز شهادتهن في حد الزنا إذا كانوا ، ثلاثة رجال وامرأتان ، ولا تجوز شهادة رجلين واربعة نسوة في الزنا والرجم^(٧).

واحتج الشيخ على دعوى النهاية بحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال :

(١) المختلف : ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٣ س ٦ قال : وقال علي بن بابويه في رسالته : ويقبل في الحدود إذا شهد امرأتان إلخ.

(٢) المقنع : باب القضاء والاحكام ص ١٣٥ س ٢ قال : ولا بأس بشهادة النساء في الحدود إذا شهد امرأتان وثلاثة رجال.

(٣) الكافي : الشهادات ص ٤٣٨ س ١٥ قال : أو ثلاثة وامرأتان في الزنا خاصة.

(٤) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٥ الحديث ١١٣.

(٥) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٥ الحديث ١١٤.

(٦) صحيح مسلم : ج ١ (٣٤) باب بيان نقصان الايمان بنقصان الطاعات ص ٨٦ قطعة من حديث ١٣٢ ولفظه (قال : اما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل).

(٧) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٤ قطعة من حديث ١١٠.

سألته عن شهادة النساء في الرجم؟ فقال : إذا كان ثلاثة رجال وامرأتان ^(١) فهذه الرواية وأمثالها تدل على وجوب الرجم بشهادة الثلاثة.

واما ما يدل على وجوب الجلد مع الرجلين والأربع فصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : ان رسول الله صلى الله عليه وآله أجاز شهادة النساء في الهلال ، ولا يجوز في الرجم شهادة رجلين واربعة نسوة ^(٢) وهي بمفهومها تدل على ثبوت الجلد. والتمسك بهما في غاية الضعف.

أما أولا : فلاشتمالها على قبول النساء في الهلال ، وهو خلاف الإجماع. واما ثانيا : فلضعف دلالة المفهوم.

والأقرب الاختصار على الحكم الأول ، وحد الشهود في الثاني لعدم الدليل عليه ، ولرواية محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السلام : ويجوز شهادتهن في حد الزنا إذا كانوا ثلاثة رجال وامرأتان ، ولا يجوز شهادة رجلين واربعة نسوة في الزنا والرجم ^(٣).

تذنيب

كلام الشيخ في النهاية يقتضي اختصاص القبول بالزنا دون غيره من الحدود كاللواط والسحق ^(٤) وهو اختيار الأكثر ، وبه قال الصدوق ^(٥)

(١) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البنات ص ٢٦٤ الحديث ١٠٨.

(٢) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٥٣٧ الحديث ٣٢ وص ٥٣٨ الحديث ٤١ ورواه في المختلف : ج ٢ ص ١٦٣ س ٨.

(٣) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البنات ص ٢٦٤ قطعة من حديث ١١٠.

(٤) النهاية : باب شهادة النساء ص ٣٣٢ س ٧ قال : وضرب يجوز قبولها إذا كان معهن رجال ، فإنه قدس سره تعرض في هذا القسم باختصاص القبول في مورد الزنا ولم يتعرض لسائر الحدود.

(٥) المقنع : باب القضاء والاحكام ص ١٣٥ س ٢ قال : ولا بأس بشهادة النساء في الحدود إلخ وهذا الكلام وان كان عاما الا ان في المختلف : ج ٢ ص ١٦٣ س ١٨ قال : أما الصدوق فقال : لا بأس بشهادة النساء في الزنا إذا شهد امرأتان وثلاثة رجال.

والقاضي^(١) والتقي^(٢) والمصنف^(٣) والعلامة^(٤).

وعده ابن حمزة إلى السحق^(٥) وكلام الفقيه وأبي علي يقتضي التعميم في الحدود^(٦)
(٧).

والأقرب : الاقتصار على الزنا ، لعموم المنع من قبول شهادتهن في الحدود^(٨) خرج الزنا بالنص^(٩) فبقي الباقي على الأصل ، ولان حصول الخلاف في إيجاب الجلد وعدمه لشبهة ، دارئه للحد.

وهل يلحق الإقرار بالزنا بغيره من الأقارير ، أو بأصله في اعتبار الأربع؟ وجهان :

(١) المهذب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ١٦ قال : واما الثاني فرجم المحصن بان يشهد ثلاثة رجال وامرأتان إلخ ولم يذكر غيره.

(٢) الكافي : الشهادات ص ٤٣٨ س ١٥ قال : أو ثلاثة رجال وامرأتان في الزنا خاصة.

(٣) الشرائع : كتاب الشهادات في أقسام الحقوق ، قال : ويثبت الزنا خاصة بثلاثة رجال وامرأتين إلى قوله : ولا يثبت شيء من حقوق الله تعالى بشاهد وامرأتين إلخ.

(٤) المختلف : ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٣ س ٢٢ قال : والمعتمد ما اختاره الشيخ في النهاية من الاقتصار في ذلك على الزنا خاصة ، وقال قبل ذلك بأسطر : قال علي بن بابويه : تقبل في الحدود إذا شهد امرأتان وثلاثة رجال ، ثم قال : وكلام ابن الجنيد يقتضي التعميم.

(٥) الوسيلة : فصل في بيان اعداد البيئة ص ٢٢٢ س ١٨ قال : والآخر في الزنا والسحق إلخ.

(٦) المختلف : ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٣ س ٢٢ قال : والمعتمد ما اختاره الشيخ في النهاية من الاقتصار في ذلك على الزنا خاصة ، وقال قبل ذلك بأسطر : قال علي بن بابويه : تقبل في الحدود إذا شهد امرأتان وثلاثة رجال ، ثم قال : وكلام ابن الجنيد يقتضي التعميم.

(٧) الاستبصار : ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٤ الحديث ٩ و ١٠ وفيهما : لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا قود.

(٨) المختلف : ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٣ س ٢٢ قال : والمعتمد ما اختاره الشيخ في النهاية من الاقتصار في ذلك على الزنا خاصة ، وقال قبل ذلك بأسطر : قال علي بن بابويه : تقبل في الحدود إذا شهد امرأتان وثلاثة رجال ، ثم قال : وكلام ابن الجنيد يقتضي التعميم.

(٩) الاستبصار : ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٣ الحديث ٤ و ٥ وفيهما (تجوز شهادتهن في حد الزنا) وغيرهما لمن تتبع.

الأول : مختار الشيخ في المبسوط ^(١) واختاره ابن إدريس ^(٢) والعلامة في التحرير ^(٣).
والثاني : مذهبه في المختلف ^(٤) واختاره فخر المحققين ^(٥).
وفائدة القبول : نشر الحرمة ، وسقوط الحد عن القاذف لا ثبوت الحد عليه.
(الرابع) الطلاق ، وفي معناه الخلع ، وفيه مذهبان.
المنع من قبول النساء فيه منفردات ومنضمات ، نص عليه في النهاية ^(٦) والخلاف ^(٧)
وبه قال الفقيهان ^(٨) ^(٩) والمفيد ^(١٠) وتلميذه ^(١١) والقاضي ^(١٢)

- (١) المبسوط : ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٢ س ٢٣ قال : والثالث ما اختلف فيه وهو الإقرار بالزنا ، الى قوله : وقال آخرون : يثبت بشاهدين كسائر الإقرارات وهو الأقوى عندي.
- (٢) السرائر : كتاب الشهادات ص ١٨٢ س ٣ قال : يثبت بشاهدين كسائر الإقرارات وهو الأليق بمذهبنا إلخ.
- (٣) التحرير : ج ٢ كتاب الشهادات ص ٢١٦ س ٧ قال : (ط) لو أقر بالزنا الى قوله : ثبت بالشاهدين ثم قال : ولا يثبت الحد إلخ.
- (٤) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٥ س ٢٥ قال : والمعتمد : انه لا يثبت إلا بشهادة أربعة عدول كالزنا.
- (٥) الإيضاح : ج ٤ كتاب الشهادات ص ٤٣٢ س ١٠ قال : والأول (اي ان الإقرار كالزنا) اختيار المصنف في المختلف وهو الأقوى عندي.
- (٦) النهاية : باب شهادة النساء ص ٣٣٢ س ٩ قال : فاما ما لا يجوز قبول شهادة النساء فيه على وجه ، الى قوله : والطلاق.
- (٧) الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٤ قال : لا يثبت النكاح والخلع والطلاق الى قوله : الا بشهادة رجلين إلخ.
- (٨) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ١٤ قال : وقد نص في الخلاف على المنع الى قوله : وكذا ابنا بابويه.
- (٩) المقنع : باب القضاء والاحكام ص ١٣٥ س ٣ قال : ولا تجوز شهادتھن في رؤية الهلال ولا في الطلاق.
- (١٠) المقنعة : باب البيّنات ص ١١٢ س ٣٣ قال : ولا تقبل شهادة النساء في النكاح والطلاق والحدود.
- (١١) المراسم : ذكر احكام البيّنات ص ٢٣٣ س ٩ قال : واما ما لا تقبل فيه الا شهادة الرجال ، النكاح والطلاق والحدود إلخ.
- (١٢) المهذب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ١٥ قال : فأما الأول (أي لا تقبل فيها شهادة النساء)

والتقي^(١) وابن حمزة^(٢) وابن إدريس^(٣) واختاره المصنف^(٤) والعلامة^(٥).
والقبول : قواه في المبسوط^(٦) وهو ظاهر القديمان^(٧) ^(٨).
 واحتج الأولون بقوله تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾^(٩) والاقتصار في الذكر في معرض الإرشاد ، يفيد الاقتصار في الحكم على المذكور ، ولأصالة بقاء النكاح.
وما رواه محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السلام قال : لا يجوز شهادتھن في الطلاق ولا في الدم^(١٠).
وفي معناه روايات^(١١).
احتج الآخرون : بأنه إزالة قيد النكاح فاشتبه إثباته ، وهو قياس باطل.

فرؤية الهلال والطلاق والحدود.

- (١) الكافي : فصل في الشهادات ص ٤٣٦ س ٤ قال : ولا تقبل شهادة النساء الى قوله : ولا الطلاق.
- (٢) الوسيلة : فصل في بيان اعداد البينة وغيرها ص ٢٢٢ س ٢١ قال : ولا تقبل شهادة النساء الى قوله : والنكاح والطلاق.
- (٣) السرائر : باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ١٠ قال : فالأول (أي لا يجوز قبولها) رؤية الأهلة والطلاق والرضاع.
- (٤) لاحظ عبارة النافع.
- (٥) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ١٦ قال : والمعتمد المنع ، وقال قبله : وقوى في المبسوط قبول شهادتھن فيه (اي في الطلاق) مع الرجال ، وهو ظاهر كلام القديمين ابن أبي عقيل وابن الجنيد.
- (٦) المبسوط : ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٢ س ٦ قال : أحدها ، لا يثبت الا بشاهدين ذكرين الى قوله : كالنكاح والخلع والطلاق الى قوله : وقال بعضهم : يثبت جميع ذلك بشاهد وامرأتين وهو الأقوى.
- (٧) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ١٦ قال : والمعتمد المنع ، وقال قبله : وقوى في المبسوط قبول شهادتھن فيه (اي في الطلاق) مع الرجال ، وهو ظاهر كلام القديمين ابن أبي عقيل وابن الجنيد.
- (٨) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ١٦ قال : والمعتمد المنع ، وقال قبله : وقوى في المبسوط قبول شهادتھن فيه (اي في الطلاق) مع الرجال ، وهو ظاهر كلام القديمين ابن أبي عقيل وابن الجنيد.
- (٩) الطلاق : ٢.

(١٠) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البينات ص ٢٦٤ قطعة من حديث ١١٠.

(١١) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البينات ص ٢٦٤ الحديث ١٠٩ و ١١١ و ١١٢.

(الخامس) النكاح وفيه قولان : المنع من قبول قولهن ، قاله في الخلاف ^(١) وبه قال المفيد ^(٢) وتلميذه ^(٣) وابن حمزة ^(٤) وابن إدريس ^(٥) .
والقبول ، قاله الصدوقان ^(٦) ^(٧) وأبو علي ^(٨) والشيخ في كتابي الاخبار ^(٩) ^(١٠) واختاره العلامة ^(١١) .

احتج الأولون : بما رواه إسماعيل بن عيسى قال : سألت الرضا عليه السلام : هل يجوز شهادة النساء في التزويج من غير ان يكون معهن رجل؟ قال : هذا لا يستقيم ^(١٢) .
وفي معناها رواية السكوني ^(١٣) .
وحملها العلامة على القبول على الانفراد ، ونحن نقول به ، بل لا بد من انضمامهن الى الرجال ^(١٤) .

-
- (١ و ٢ و ٣ و ٤) تقدمت آنفا في المنع من قبول قولهن في الطلاق .
(٥) السرائر : باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ٢٧ قال : ولا يقبل شهادة النساء في عقد النكاح .
(٦) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦١ س ٣٥ قال : واما ابنا بابويه وابن الجنيد فإنهم قبلوا شهادتهن فيه (اي في النكاح) الى قوله : وهو الأقوى .
(٧) المقنع : باب القضاء والاحكام ص ١٣٥ س ١ قال : ولا بأس بشهادة النساء في النكاح والدين .
(٨) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦١ س ٣٥ قال : واما ابنا بابويه وابن الجنيد فإنهم قبلوا شهادتهن فيه (اي في النكاح) الى قوله : وهو الأقوى .
(٩) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٨٠ قال بعد نقل حديث ١٧٤ : قال محمد بن الحسن : هذا الخبر محمول على احد وجهين : أحدهما ان يكون ورد مورد التقية إلخ .
(١٠) الاستبصار : ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٥ قال بعد نقل حديث ١١ فلا ينافي ما تقدم الى قوله : والوجه الآخر ان نحمله على التقية .
(١١) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦١ س ٣٥ قال : واما ابنا بابويه وابن الجنيد فإنهم قبلوا شهادتهن فيه (اي في النكاح) الى قوله : وهو الأقوى .
(١٢) الاستبصار : ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٥ الحديث ١١ .
(١٣) الاستبصار : ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٥ الحديث ١٢ .
(١٤) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ٦ قال : والجواب انا نقول بالموجب فانا نمنع من قبول شهادتهن على الانفراد .

والشيخ على خروجها مخرج التقية^(١).
احتج الآخرون بما رواه محمد بن الفضيل قال : سألت الرضا عليه السلام قلت له :
تجوز شهادة النساء في نكاح ، أو طلاق ، أو في رجم؟ قال : يجوز شهادة النساء فيما لا
يستطيع الرجال ان ينظروا اليه وليس معهن رجل ، ويجوز شهادتهن في النكاح إذا كان معهن
رجل^(٢).

ومثلها رواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال سألته عن شهادة النساء يجوز في
النكاح؟ قال : نعم ، ولا تجوز في الطلاق^(٣).

تذنيب

وهل يقبل الشاهد واليمين؟ أكثر الأصحاب على المنع وقال العلامة : نعم إذا كان
المدعي المرأة^(٤) لأنها تدعي المهر والنفقة.
وينبغي ان يقيد ذلك بكون الدعوى بعد التسمية ، أو الدخول ، فلو كان قبل
الدخول ولا تسمية لم تستحق أحدهما.
والأقرب المنع : لان المال غير مقصود في النكاح ، بل المقصود السنة والإحصان
وحصول النسل ، ويتبعه المهر والنفقة ، وهو مذهب فخر المحققين^(٥).

(١) تقدم آنفا.

(٢) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٤ قطعة من حديث ١١٠.

(٣) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٥ قطعة من حديث ١١١.

(٤) القواعد : ج ٢ ، في اليمين مع الشاهد ص ٢١٣ س ٢٢ قال : اما النكاح فإشكال أقر به الثبوت ان كان
المدعي الزوجة.

(٥) الإيضاح : ج ٤ في اليمين مع الشاهد ص ٣٤٨ س ١٥ قال بعد نقل قول المصنف : فيه نظر ، فان
المقصود من النكاح الإحصان واقامة السنة إلخ.

.....

(السادس) الرضاع ، وفيه مذهبان.

القبول : منضحات ومنفردات قاله الشيخ في المبسوط ^(١) وبه قال المفيد ^(٢) وتلميذه ^(٣) وابن حمزة ^(٤) وهو ظاهر القديمين ^(٥) ^(٦) واختاره المصنف ^(٧) والعلامة ^(٨).
والمنع : قاله الشيخ في الخلاف ^(٩) وموضع من المبسوط ^(١٠) وبه قال ابن إدريس ^(١١).
احتج الأولون بما رواه عبد الله بن بكير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام
في امرأة رضعت غلاما وجارية؟ قال : تعلم ذلك غيرها؟ قلت : لا قال :

-
- (١) المبسوط : ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٢ س ١٥ قال : والثالث ما يثبت بشاهدين وشاهد وامرأتين واربعة نسوة وهو الولادة والرضاع.
- (٢) المقنعة : باب البيّنات ص ١١٢ س ٣١ قال : وتقبل شهادة امرأتين إلى قوله : والولادة والاستهلال والرضاع.
- (٣) المراسم : ذكر احكام البيّنات ص ٢٣٣ س ١٥ قال : واما ما تؤخذ فيه شهادة النساء الى قوله : والولادة والاستهلال والرضاع.
- (٤) الوسيلة : فصل في بيان اعداد البيّنة ص ٢٢٢ س ٦ قال : وخامسها : شهادة أربع نسوة إلى قوله : الرضاع والولادة.
- (٥) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٤ س ١ قال : وهو (اي القبول في الرضاع) الظاهر من كلام ابن الجنيد وابن أبي عقيل ، الى قوله : والوجه عندي القبول.
- (٦) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٤ س ١ قال : وهو (اي القبول في الرضاع) الظاهر من كلام ابن الجنيد وابن أبي عقيل ، الى قوله : والوجه عندي القبول.
- (٧) لاحظ عبارة النافع.
- (٨) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٤ س ١ قال : وهو (اي القبول في الرضاع) الظاهر من كلام ابن الجنيد وابن أبي عقيل ، الى قوله : والوجه عندي القبول.
- (٩) الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٩ قال : ولا تقبل في الرضاع أصلا.
- (١٠) المبسوط : ج ٥ كتاب الرضاع ص ٣١١ س ٧ قال : شهادة النساء لا تقبل في الرضاع عندنا.
- (١١) السرائر : باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ١٠ قال : فالأول رؤية الأهله والطلاق والرضاع الى قوله : لا يجوز قبول شهادة النساء في ذلك وان كثرن.

.....

لا تصدق ان لم يكن غيرها^(١).

دل بمفهومه على الحكم بصدقها لو كان غيرها ، وهو أعم من الرجال والنساء.
ومفهوم قوله عليه السلام في بيان نقص عقولهن : كون المرأتين برجل^(٢) ولم يخص
بذلك حكما دون حكم.

ولأنه مما يتعسر اطلاع الرجال عليه في الأغلب ، فالإقتصار على الرجال عسر وخرج
، فيكون منفيًا بالآية^(٣) والرواية^(٤).
احتج الآخرون : بأصالة الإباحة حتى يحصل اليقين بالحرمة ، ولا يقين مع حصول
الخلافاً.

ولعموم قوله تعالى ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(٥).

وأجيب بمعارضة الأصل بالاحتياط ، والآية مخصوصة.
(السابع) التوكيل والوصية اليه والعنق والنسب والكتابة ، وفيه قولان : المنع : قاله في
الخلافاً^(٦) وهو المشهور.
والقبول مع الرجال : قواه في المبسوط^(٧) واختاره العلامة في العنق والكتابة ومنع في
الباقى^(٨).

-
- (١) التهذيب : ج ٧ (٢٧) باب ما يحرم من النكاح من الرضاع وما لا يحرم منه ص ٣٢٣ الحديث ٣٨.
(٢) صحيح مسلم : ج ١ (٣٤) باب بيان نقصان الإيمان بنقصان الطاعات ص ٨٦ قطعة من حديث ١٣٢
قال : شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل.
(٣) البقرة : ١٨٥ والحج : ٧٨.
(٤) الكافي : ج ٣ باب الجبائر والقروح والجراحات ص ٣٣ الحديث ٤.
(٥) النساء : ٣.
(٦) الخلافاً : كتاب الشهادات مسألة ٤ قال : لا يثبت الى قوله : والوكالة والوصية اليه والعنق النسب الى قوله
: الا بشهادة رجلين.
(٧) المبسوط : ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٢ س ٨ قال : وقال بعضهم يثبت جميع ذلك بشاهد وامرأتين ،
وهو الأقوى إلا القصاص.
(٨) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٤ س ٢١ قال : ومنع في الخلافاً من القبول فيتعين العمل به الا
العنق والكتابة فإن الأقرب القبول.

فرع

لو علق عتق العبد في النذر بالولادة ، فشهد بها اربع نساء يثبت الولادة ولم يثبت العتق قاله العلامة في القواعد ^(١) بناء منه على عدم ثبوت العتق بالنساء . وفيه نظر .

(الثامن) الوديعة والجناية الموجبة للقود . قوى في المبسوط قبول المرأتين مع الشاهد ^(٢) ومنع في الخلاف ^(٣) لأنهما ليسا مالا ولا المقصود منه المال ، قال العلامة : والوجه القبول لأن الوديعة مال ان ادعاها المالك ، وان ادعى الإيداع المستودع كان الحق ما قاله الشيخ . والجناية الموجبة للقود يثبت بها الدية خاصة ، هذا آخر كلامه ^(٤) .

(التاسع) المال سواء كان ديناً كالقرض ، أو عينا ، يثبت بشاهد وامرأتين إجماعاً ، وبشاهد وبمين ، وهل يقبل شهادة امرأتين مع يمين المدعي؟ تقدم البحث فيه وحققناه . (العاشر) الولادة والاستهلال ، والوصية بالمال ، وعيوب النساء تحت الثياب

(١) القواعد : ج ٢ في الشهادات ص ٢٣٩ س ١٢ قال : ولو علق العتق بالنذر على الولادة فشهد اربع نساء بها يثبت ولم يقع النذر .

(٢) المبسوط : ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٢ س ٨ قال : والوديعة والجناية الموجبة للقود الى قوله يثبت جميع ذلك بشاهد وامرأتين .

(٣) الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٤ قال : لا يثبت القتل الموجب للقود والوديعة إلا بشهادة رجلين .

(٤) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٤ س ٢٣ قال : والوجه القبول ، لأن الوديعة الى آخره .

كالبرص والقرن وغير ذلك مما لا يطلع عليها الرجال ، ويقبل فيه شهادة النساء منفردات إجماعاً ، ويقبل الرجال فيه ان اتفق ، وعبرة القاضي يعطي المنع من قبول شهادة الرجال فيه ^(١). وشرط ابن إدريس في قبول شهادتهن في هذه المواضع تعذر الرجال ^(٢). وهما نادران.

تحقيق

وينقسم ما يقبل فيه شهادتهن الى قسمين :
أحدهما : ما يعتبر فيه كمال الأربع ، ولا يمضي الأقل منهن.
ومنه ما لا يعتبر فيه ذلك ، بل يثبت كمال الحق بالأربع ، ويثبت بكل واحدة الربع ، ولا يشترط الاجتماع ، فيمضي شهادة الواحدة في ربع ما شهدت به ، والاثنين في النصف ، والثلاثة في ثلاثة أرباع ويأخذ المدعي ذلك من غير يمين ، وهو الوصية ، وميراث المستهل.
وان شهد ما دون الأربع لتعذر الأربع لم يستحق المدعي الا بنسبة الشهادة.
وقال المفيد ، وتلميذه : يقبل الواحدة المأمونة في الجميع مع تعذر الأربع ^(٣) ^(٤)

-
- (١) المهذب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ١٣ قال : وثالثها : يجوز ذلك أيضا ولا يجوز ان يكون منهن احد من الرجال.
- (٢) السرائر : باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ٢٤ قال : وتقبل شهادة امرأة واحدة في ربع الوصية إلى قوله : وذلك لا يجوز الا عند عدم الرجال.
- (٣) المقنعة : باب البيّنات ص ١١٢ س ٣٢ قال : وإذا لم يوجد على ذلك إلا شهادة امرأة واحدة مأمونة قبلت شهادتها فيه.
- (٤) المراسم : ذكر احكام البيّنات ص ٢٣٣ س ١٧ قال : وتقبل فيه شهادة امرأة واحدة إذا كانت مأمونة.

وتقبلن منفردات في العذرة وعيوب النساء الباطنة.
وتقبل شهادة القابلة في ربع ميراث المستهل ، وامرأة واحدة في ربع الوصية ، وكذا كل امرأة يثبت شهادتها في الربع حتى تكملن أربعاً ، فتقبل شهادتهن في الوصية اجمع.
ولا ترد شهادة أرباب الصنائع المكروهة كالصياغة ، ولا الصنائع الدنية كالحياكة والحجامة ، ولو بلغت الدناءة كالزبال والوقاد ، ولا ذوي العاهات كالأجذم والأبرص.
الثاني : فيما يصير به شاهدا وضابطه : العلم ، ومستنده المشاهدة أو السماع.
فالمشاهدة للأفعال : كالغضب ، والقتل ، والسرقه ، والرضاع ، والولادة ، والزنا ، واللواط.
أما السماع : فيثبت به النسب ، والملك ، والوقف ، والزوجية ، ويصير الشاهد متحماً بالمشاهدة لما يكفي فيه المشاهدة ، والسماع لما

وهو نادر.

وقال الحسن : يمضي شهادة القابلة وحدها إذا كانت عدلة ^(١) ولم يشترط التعذر ، وهو غريب.

وأما عدى الوصية والاستهلال يعتبر فيه كمال الأربع ، ولا يمضي الثلاث منهن في شيء منه ، هذا في المشهور ، وقال أبو علي : يقبل ما دون الأربع ويمضي بحسابه ^(٢) وهو متروك.

(١) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٤ س ١١ قال : وقال ابن أبي عقيل : إذا شهدت القابلة وحدها في الولادة فشهادتها جائزة وقال قبل ذلك بأسطر : وقال ابن الجنيد : وكل أمر لا يحضره الرجال الى قوله : فان شهد بعضهن فبحساب ذلك.

(٢) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٦٤ س ١١ قال : وقال ابن أبي عقيل : إذا شهدت القابلة وحدها في الولادة فشهادتها جائزة وقال قبل ذلك بأسطر : وقال ابن الجنيد : وكل أمر لا يحضره الرجال الى قوله : فان شهد بعضهن فبحساب ذلك.

يكفي فيه السماع ، وان لم يستدعه المشهود عليه. وكذا لو قيل له : لا تشهد فسمع من القائل ما يوجب حكما. وكذا لو خبيء فنطق المشهود عليه.

وإذا دعي الشاهد للإقامة وجب الا مع ضرر غير مستحق ، ولا يحل الامتناع مع التمكن.

ولو دعي للتحمل فقولان : المروي الوجوب ، ووجوبه على الكفاية ، ^(١) ويتعين مع عدم من يقوم بالتحمل.

قال طاب ثراه : ولو دعي للتحمل فقولان : المروي الوجوب ، ووجوبه على الكفاية.

أقول : ذهب الشيخ في النهاية والمبسوط الى وجوبه على الكفاية ^(١) ^(٢) وبه قال التقي ^(٣) والمفيد ^(٤) وأبو علي ^(٥) وسالار ^(٦) وابن زهرة ^(٧) واختاره المصنف ^(٨)

-
- (١) النهاية : باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ٣٢٨ س ٢ قال : لا يجوز ان يمتنع الإنسان من الشهادة إذا دعي إليها إلخ.
- (٢) المبسوط : ج ٨ فصل فيما يجب على المؤمن من القيام بالشهادة ص ١٨٦ س ٤ قال : اما التحمل فإنه فرض في الجملة إلخ.
- (٣) الكافي : التكليف الثاني من الشهادات ص ٤٣٦ س ١٥ قال : يلزم من دعي من أهل الشهادة إلى قوله : الإجابة الى ذلك.
- (٤) المقنعة : باب البيئات ص ١١٣ س ٤ قال : وليس لأحد ان يدعي الى شيء ليشهد به أو عليه فيمتنع من الإجابة إلخ.
- (٥) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٠ س ٢٦ قال : وقال ابن الجنيد : ولا اختيار للشاهد ان يمنع من الشهادة إذا دعي إليها إلخ.
- (٦) المراسم : ذكر احكام البيئات ص ٢٣٤ س ٢ قال : ولا يجوز ان يمتنع من الشهادة الا ان يضر بالدين إلخ.
- (٧) الغنية (في ضمن الجوامع الفقهية) ص ٦٢٥ س ١٦ قال : واعلم : ان ادعي الى تحمل الشهادة وهو من أهلها فعليه الإجابة.
- (٨) لاحظ عبارة النافع.

.....

والعلامة ^(١).

وذهب ابن إدريس إلى عدمه ^(٢).

احتج الأولون بوجوه :

(الأول) قوله تعالى ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ ^(٣).

وقال ابن إدريس : إنما يصير شاهدا بعد التحمل ^(٤).

وأجيب : بأن الآية وردت في معرض الإرشاد بالإشهاد ، لأنه تعالى أمر بالكتابة حال المدائنة ونهى الكاتب عن الآباء ، ثم أمر بالإشهاد ، ونهى الشهود عن الآباء.

(الثاني) رواية هشام بن سالم عن الصادق في قوله تعالى ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ﴾ قال : قبل الشهادة ، وقوله تعالى ﴿وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ قال : بعد الشهادة ^(٥) وهو نص في الباب ، والتصريح يحمل الآية على التحمل لا الأداء.

(الثالث) صحيحة أبي الصباح عن الصادق عليه السلام في قوله تعالى : ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ قال : لا ينبغي لأحد إذا دعي إلى شهادة ليشهد عليها ، ان يقول : لا اشهد لكم عليها ^(٦).

(١) القواعد : ج ٢ ص ٢٤٠ س ١٧ قال : الفصل الرابع في التحمل ، التحمل واجب لمن له أهلية الشهادة على الكفاية.

(٢) السرائر : باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ١٨٤ س ٢١ قال : والذي يقوى في نفسي : انه لا يجب التحمل ، ولإنسان أن يمتنع ، إذ لا دليل على وجوب ذلك عليه ، وما ورد في ذلك فهو اخبار احاد ، واما الاستشهاد بالآية إلى قوله : إنما يسمى شاهدا بعد تحملها ، فالآية بالأداء أشبه.

(٣) البقرة : ٢٨٢.

(٤) السرائر : باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ١٨٤ س ٢١ قال : والذي يقوى في نفسي : انه لا يجب التحمل ، ولإنسان أن يمتنع ، إذ لا دليل على وجوب ذلك عليه ، وما ورد في ذلك فهو اخبار احاد ، واما الاستشهاد بالآية إلى قوله : إنما يسمى شاهدا بعد تحملها ، فالآية بالأداء أشبه.

(٥) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٧٥ الحديث ١٥٥.

(٦) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٧٥ الحديث ١٥٦.

ولا يشهد الا مع المعرفة ، أو شهادة عدلين بالمعرفة.
ويجوز ان تسفر المرأة ليعرفها الشاهد.
ويشهد على الأخرس بالإشارة ، ولا يقيمها بالإقرار.

مسائل

(الأولى) قيل : يكفي بالشهادة بالملك ، مشاهدته يتصرف فيه ، وبه رواية ، والأولى الشهادة بالتصرف ، لأنه دلالة الملك وليس بملك.
(الثانية) يجوز الشهادة على ملك لا يعرفه الشاهد ، إذا عرفه المتبايعان.

والروايات في هذا المعنى كثيرة لا نطول بذكرها الكتاب ^(١).
(الرابع) انه من الأمور الضرورية التي لا ينفك الإنسان عنها ، لوقوع الحاجة الى المعاملات والمناكحات وغير ذلك من الأمور الضرورية ، فلو لم يجب تحمل الشهادة لأدى ذلك الى التنازع غالبا ، وعدم التخلص ، وذلك ينافي الحكمة ، فيكون واجبا.
احتج ابن إدريس : بأصالة البراءة ، وعدم الدليل ، والآية يراد بها بعد الشهادة ، والاخبار احاد ^(٢).

قال طاب ثراه : قيل : يكفي بالشهادة بالملك مشاهدته يتصرف فيه ، وبه رواية ، والأولى الشهادة بالتصرف ، لأنه دلالة الملك وليس بملك.
أقول : العلم بالملك المطلق ليس مما يدرك بحسّ البصر ، ولا يقف على المشاهدة ، وكمال الشهادة به مبني على أمور ثلاثة : اليد ، والتصرف ، والسمع.

(١) لاحظ التهذيب : ج ٦ ص ٢٧٥ الحديث ١٥٧ و ١٥٨ و ١٥٩ و ١٦٠.

(٢) تقدم نقل استدلاله.

.....

وهذا الاجتماع هو غاية منتهى الإمكان.
 وإنما قلنا (المطلق) لأن ذا السبب مستنده العلم بسببه.
 وإن لم يجمع الثلاثة ، ففيه مسألتان.
 (الأولى) فوات السماع ، وحصول اليد والتصرف ، كالبناء والهدم ، والإجارة المتكررة
 بغير منازع.
 فعدم المنازع قيد في الكل ، وأما التكرار فقيده في الإجارة ، لجواز صدور المرة من
 المستأجر.
 ويجوز أن يشهد لهذا المتصرف باليد إجماعاً ، وهل يجوز أن يشهد له بالملك المطلق؟
 قال في الخلاف : نعم ^(١) وبه قال التقي ^(٢) والقاضي ^(٣) وابن إدريس ^(٤) والمصنف في
 الشرائع ^(٥).
 ومنع في النافع ^(٦) وتوقف الشيخ في المبسوط ^(٧) لأن اليد تختلف ، فتكون يد

-
- (١) الخلاف : كتاب الشهادات ، مسألة ١٤ قال : من كان في يده شيء يتصرف فيه بلا دافع إلى قوله : جاز
 أن يشهد له بالملك.
 (٢) الكافي : التكليف الثاني من الشهادات ص ٤٣٧ س ٦ قال : وإن كانت بملك فبعد العلم بسببه إلى قوله :
 أو ظاهر تصرف لا مانع منه.
 (٣) المذهب : ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٦١ س ٦ قال : وإذا رأى إنسان في يد غيره شيئاً وهو متصرف فيه
 تصرف الملاك ، جاز أن يشهد بأنه ملكه.
 (٤) السرائر : باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ١٨٥ س ٢١ قال : ومن رأى في يد غيره شيئاً ورآه
 يتصرف فيه تصرف الملاك ، جاز له أن يشهد إلخ.
 (٥) الشرائع : كتاب الشهادات ، مسائل ثلاث ، الأولى قال : لا ريب أن المتصرف بالبناء والهدم والإجارة بغير
 منازع يشهد له بالملك المطلق.
 (٦) لاحظ عبارة النافع.
 (٧) المبسوط : ج ٨ فصل في التحفظ في الشهادة ص ١٨٢ س ١ قال : وأما بالملك المطلق فلا ، لأن اليد
 يختلف إلخ.

مستعير ، ويد مستأجر ، ومالك ، ووكيل ، ووصي والتصرف واحد ، فيكون أعم من الملك ، والعام لا يدل على الخاص بشيء من الدلالات ، فلا يشهد بالملك ، بل بالتصرف .
(الثانية) فوات السماع والتصرف وحصول اليد خاصة ، هل يجوز له ان يشهد له بالملك مطلقا؟ توقف في المبسوط ^(١) وتردد فيه المصنف ^(٢) وقواه العلامة في القواعد ^(٣) وقال في المختلف : ولا بأس بهذا القول عندي ^(٤).

احتج المانعون : بان اليد لو أوجبت ملكا لم تسمع الدعوى ممن يقول : الدار التي في يد فلان لي ، كما لا يسمع لو قال : ملك هذا لي ، ولما سمعت دل على ان اليد لا تدل على الملك.

احتج المسوغون : بجواز شرائه منه.

وبما رواه الصدوق عن حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام قال : قال له رجل : أرايت إذا رأيت شيئا في يدي رجل ، أيجوز لي ان أشهد انه له؟ فقال : نعم ، قلت : فلعله لغيره؟ قال : ومن اين جاز لك ان تشتريه ويصير ملكا لك ، ثم تقول بعد الملك : هو لي وتحلف عليه ، ولا يجوز ان تنسبه الى من صار ملكه إليك من قبله؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام : لو لم يجز هذا ، ما قامت للمسلمين سوق ^(٥).

(١) المبسوط : ج ٨ فصل في التحفظ في الشهادة ص ١٨١ س ١٩ قال : فاما ان يكون في يده دار الى قوله : فيسوغ للشاهد ان يشهد له باليد ، واما بالملك المطلق إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) القواعد : ج ٢ في الشهادات ص ٢٤٠ س ١١ قال : والأقرب ان مجرد اليد والتصرف الى قوله : يكفي.

(٤) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٧ س ٧ قال : ولا بأس بهذا القول عندي.

(٥) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٨) باب من يجب رد شهادته ومن يجب قبول شهادته ص ٣١ الحديث ٢٧.

(الثالثة) لا يجوز إقامة الشهادة إلا مع الذكر ، ولو رأى خطه. وفي رواية : ان شهد معه آخر جاز إقامتها ، وفي الرواية تردد.

وأجاب العلامة : بأن ادعاء الملكية من المشتري لوجود سببه ، وهو الشراء ممن يظن انه مالك ، باعتبار اليد ، ومثل هذا مما يتساهل فيه ، بخلاف الشهادة التي لا يجوز الا على القطع والبت ، ولا يجوز التعويل فيها على الظن^(١).

وأورد الشهيد عليها إشكالا : بأنه لو ادعى عليه ، فأنكر صح ان يحلف ، مع ان الحلف على القطع في جميع الصور إجماعا^(٢).

قلت : الحلف هنا تابع لثبوت السبب ، وهو قطعي الثبوت.

قال طاب ثراه : لا يجوز إقامة الشهادة إلا مع الذكر ، ولو رأى خطه. وفي رواية ان شهد معه آخر جاز إقامتها ، وفي الرواية تردد.

أقول : الأول إطلاق التقي^(٣) ومذهب الشيخ في الاستبصار^(٤) واختاره ابن إدريس^(٥).

لقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾^(٦) وقوله عليه السلام : على مثلها

(١) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٧ س ٣ قال : وادعاء الملك لوجود سببه إلخ.

(٢) لم أعثر عليه في الكتب المتوفرة.

(٣) الكافي : التكليف الثاني من الشهادات ص ٤٣٦ س ١٧ قال : ولا يحل له ان يتحمل ولا يقيم شهادة لا يعلم مقتضاها من احد طرق العلم وان رأى خطه.

(٤) الاستبصار : ج ٣ (١٦) باب انه لا يجوز إقامة الشهادة إلا بعد الذكر ، ثم صدر الباب ، بالأخبار الدالة على ذلك ، وانه قدس سره يصدر الباب بالأخبار الذي يعتقده مذهبا كما قاله في المختلف : ج ٢ ص ١٧٢ س ٣٥ وأضف الى ذلك ما قاله بعد نقل حديث عمر بن يزيد : قد بينا ان الشهادة لا تجوز إقامتها إلا بعد العلم.

(٥) السرائر : باب كيفية الشهادة ص ١٨٥ س ٢٩ قال : وإذا أراد إقامة شهادة لم يجز له ان يقيمها الا على ما يعلمه ويتقنه ويقطع عليه إلخ.

(٦) الاسراء : ٣٦.

.....

فاشهد أودع^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣).

والثاني : قول الشيخ في النهاية^(٤) وبه قال الصدوقان^(٥) ^(٦) والمفيد^(٧) وتلميذه^(٨) والقاضي^(٩) وأبو علي^(١٠).

احتج الأولون : بما رواه إدريس بن الحسن ، عن علي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا تشهدوا بشهادة حتى تعرفوها كما تعرف كفاك^(١١).

ومثلها رواية السكوني عنه عليه السلام : لا تشهد بشهادة لم تذكرها ، فإنه من شاء كتب كتابا ونقش خاتما^(١٢).

(١) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٥٢٨ الحديث ١ ولاحظ ما علق عليه.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٣ س ٢ قال : والمعتمد ما قاله الشيخ في الاستبصار.

(٤) النهاية : باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ٣٢٩ س ١٩ قال : وإذا أراد إقامة شهادة إلى قوله : لا على ما يعلم.

(٥) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٢ س ٢١ قال : وقال علي بن بابويه : وإذا أتى رجل بكتاب فيه خطه إلى قوله فلا يشهد إلخ.

(٦) الفقيه : ج ٣ (٣٢) باب الاحتياط في إقامة الشهادة ، وفي الباب روايات منها : وروي أنه لا تكون الشهادة إلا بعلم.

(٧) المقنعة : باب البيئات ص ١١٣ س ٥ قال : وإذا نسي الشاهد الشهادة ، أو شك فيها لم يجز له إقامتها.

(٨) المراسم : ذكر أحكام البيئات ص ٢٣٤ س ٣ قال : وإن نسي الشهادة أو شك فيها فلا يقيمها.

(٩) المهذب : ج ٢ الشهادة على الشهادة ، ص ٥٦١ س ١٠ قال : وإذا أراد إقامة شهادة لم يجز له إقامتها إلا على ما يعلم.

(١٠) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٢ س ١٨ قال : وقال ابن الجنيد : ولا اختار لأحد أن يشهد بشهادة إلى قوله : إلا بعد التيقن.

(١١) الفقيه : ج ٣ (٣٢) باب الاحتياط في إقامة الشهادة ص ٤٢ الحديث ١.

(١٢) الاستبصار : ج ٣ (١٦) باب أنه لا يجوز إقامة الشهادة إلا بعد الذكر ص ٢٢ الحديث ٢.

وعن الحسين بن سعيد قال : كتب اليه جعفر بن عيسى : جعلت فداك ، جائي جيران لنا بكتاب زعموا انهم يشهدوني على ما فيه ، وفي الكتاب اسمي بخطي قد عرفته ، ولست اذكر الشهادة ، وقد دعوني إليها ، فاشهد لهم على معرفتي ان اسمي في الكتاب ولست اذكر الشهادة؟ أو لا يجب لهم الشهادة حتى اذكرها ، كان اسمي في الكتاب بخطي أو لم يكن؟ فكتب عليه السلام : لا تشهد^(١).

ورواه الشيخ في الاستبصار في أول الباب ، وهو انما يصدر الباب بما يعتمد منه من الاخبار ويعتقده مذهباً^(٢) ، ثم قال : فاما ما رواه احمد بن محمد ، عن الحسين بن علي بن النعمان ، عن حماد بن عثمان ، عن عمر بن يزيد قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يشهدني على الشهادة فاعرف خطي وخاتمي ، ولا اذكر من الباقي قليلا ولا كثيرا ، قال : فقال لي : إذا كان صاحبك ثقة ومعه رجل ثقة فاشهد له^(٣).

فهذا الخبر ضعيف مخالف للأصول ، لأننا قد بينا : ان الشهادة لا تجوز إقامتها إلا مع العلم ، وقد قدمنا أيضا الأخبار التي تقدمت من انه لا تجوز إقامة الشهادة مع وجود الخط والختم إذا لم يذكرها.

والوجه في هذه الرواية : انه إذا كان الشاهد الآخر يشهد وهو ثقة مأمون جاز له ان يشهد إذا غلب على ظنه صحة خطه لانضمام شهادته اليه ، وان كان الأحوط ما تضمنته الأخبار الأولى^(٤).

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٦) باب انه لا يجوز إقامة الشهادة إلا بعد الذكر ص ٢٢ الحديث ٣.

(٢) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٢ س ٣٥ قال : مع انه رحمه الله انما يصدر الباب في الكتاب من الاخبار المختلفة بما يعتقده مذهباً.

(٣) الاستبصار : ج ٣ (١٦) باب انه لا يجوز إقامة الشهادة إلا بعد الذكر ص ٢٢ الحديث ٤.

(٤) قاله الشيخ في الاستبصار بعد نقل حديث ٤.

(الرابعة) من حضر حسابا ، أو سمع شهادة ، ولم يستشهد كان بالخيار في الإقامة ما لم يخش بطلان الحق ان امتنع ، وفيه تردد.
ويكره ان يشهد لمخالف إذا خشي انه لو استدعاه الى الحاكم يردّ شهادته.
الثالث : في الشهادة على الشهادة وهي مقبولة في الديون ، والأموال ، والحقوق ، ولا تقبل في الحدود ، ولا يجزي الا اثنان على شاهد الأصل.

قال العلامة في المختلف : والمعتمد ما قاله الشيخ في الاستبصار ، ويحمل قول علمائنا المشهور بينهم ، وهذه الرواية : على ما إذا حصل من القرائن الحالية والمقالية للشاهد ما استفاد به العلم ، وحينئذ يشهد مستندا الى العلم الحاصل له ، لا باعتبار الوقوف على خطئه ومعرفته به ^(١).

قال طاب ثراه : من حضر حسابا ، أو سمع شهادة ولم يستشهد كان بالخيار في الإقامة ما لم يخش بطلان الحق ان امتنع ، وفيه تردد.
أقول : قال في النهاية : ومن علم شيئا ولم يكن اشهد عليه ، ثم ادعي الى ان يشهد كان بالخيار في إقامتها وفي الامتناع ، اللهم الا ان يعلم انه ان لم يقمها بطل حق مؤمن ، فحينئذ يجب عليه إقامة الشهادة ^(٢) وبه قال القاضي ^(٣) هو ظاهر كلام

(١) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٣ س ٢ قال : والمعتمد ما قاله الشيخ في الاستبصار ، ويحمل قول علمائنا إلخ.

(٢) النهاية : باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ٣٣٠ س ٣ قال : ومن علم شيئا من الأشياء الى قوله : يجب عليه إقامة الشهادة.

(٣) المهذب : ج ٢ الشهادة على الشهادة ص ٥٦١ س ١٢ قال : وإذا علم شيئا ولم يكن قد اشهد عليه الى قوله : وجب عليه إقامتها.

وتقبل الشهادة على شهادة النساء في الموضع الذي تقبل فيه شهادتهن على تردد.

ابن حمزة ^(١).

وقال أبو علي : إذا حضر حساب اثنين فأقر أحدهما للآخر بشيء ثم جحدته إياه فاحتاج الى شهادة الحاضر كان ذلك إلى الشاهد ، ان شاء حكى ما حضر من غير ان يثبت الشهادة ، وان شاء تأخر ، لأن صاحب الحق لم يسترعه الشهادة ^(٢) وقال التقي : هو محير فيما يسمعه ويشاهده بين تحمله واقامته ، وتركهما ^(٣).

وقال ابن إدريس : يجب عليه الأداء لقوله تعالى ﴿وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ ^(٤) ولا يكون له الخيار في إقامتها ^(٥).

والظاهر انه لا منافاة بين كلام الشيخ وابن إدريس ، لأن الشيخ جعل الإقامة على الكفاية ، وان كان قصد ابن إدريس وجوبها عينا منعنا ذلك.

قال طاب ثراه : وتقبل الشهادة على شهادة النساء في الموضع الذي تقبل فيه شهادتهن على تردد.

أقول : المراد ان شهادة النساء ، هل تسمع في باب الشهادة على الشهادة؟

(١) الوسيلة : فصل في بيان كيفية تحمل الشهادة ص ٢٣٢ س ١٩ قال : وإذا شاهد المتعاقدين وسمع كلام العقد منهما وعرفهما بالمشاهدة جاز له ان يشهد بذلك إذا حضرا إلخ.

(٢) المختلف : في الشهادات ص ١٧٣ س ٥ قال : وقال ابن الجنيد : وإذا حضر الإنسان حساب اثنين الى آخر.

(٣) الكافي : التكليف الثاني من الشهادات ص ٤٣٦ س ١٦ قال : وهو محير فيما يسمعه ويشاهده بين تحمله واقامته وتركهما.

(٤) البقرة : ٢٨٣.

(٥) السرائر : باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ١٨٦ س ٨ قال : ومن علم شيئاً من الأشياء الى قوله : فالواجب عليه الأداء.

وأجلى الألفاظ أن يقول : أشهد على شهادتي أي أشهد على كذا. ولا تقبل شهادة الفرع الا مع تعذر حضور شاهد الأصل لمرض أو غيبة أو موت.

ومعناه : ان المرأة هل يجوز ان تكون فرعا ، سواء كانت فرعتها على امرأة أو رجل.
فنقول : أما ما لا يقبل فيه شهادة النساء مطلقا ، لا يقبل فيه فرعتها قطعا.
وما عدا ذلك قسمان :

(الأول) ما يقبل فيه شهادتهن منفردات كالعيوب تحت الثياب ، والوصية ، فهل يقبل فرعتها ، فيه مذهبان : أحدهما : نعم ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ^(١) وهو اختيار أبي علي ^(٢) ومذهب العلامة في المختلف ^(٣).
احتجوا بوجوه :

(أ) ما رواه السكوني عن الصادق وعن الباقر عليهما السلام ، عن علي عليه السلام : شهادة النساء لا يجوز في نكاح وإطلاق ولا في حدود إلا في الديون وما لا يستطيع الرجال النظر اليه ^(٤).

وهو شامل للشهادة بالأصالة والفرعية.

(ب) ان شهادة امرأتين تساوي شهادة الرجل ، فاذا شهد رجلان على رجل ، جاز ان يشهد اربع نساء على ذلك الرجل ، قضية للتساوي.

(١) الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٦٦ قال : لا تقبل شهادة النساء على الشهادة إلا في الديون والاملاك والعقود.

(٢) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٢ س ١٠ قال : وقال ابن الجنيدي : وإذا شهد شاهدان الى قوله : وكذا في شهادتهما على شهادة المرأة إلى قوله : والوجه ما قاله الشيخ في الخلاف.

(٣) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٢ س ١٠ قال : وقال ابن الجنيدي : وإذا شهد شاهدان الى قوله : وكذا في شهادتهما على شهادة المرأة إلى قوله : والوجه ما قاله الشيخ في الخلاف.

(٤) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البنات ص ٢٨١ الحديث ١٧٨ وفيه (ما لا يستطيع الرجل).

(ج) ان الفرع أضعف من الأصل ، وإذا جاز قبول شهادتهن في القوي ، ففي الضعيف أولى.

والآخر المنع : وهو مذهب ابن إدريس ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة في القواعد ^(٣) وفخر المحققين ^(٤).

احتجوا : بأن الرخصة المسوغة لشهادة النساء منفردات ، عدم اطلاع الرجال عليه ، أو عدم حضورهم في الوصية وفوات غرض الموصي بترك الاشهاد وتضرره به دينا ودنيا ، فجازت شهادتهن منفردات ، وهذان المعنيان معدومان في الشهادة على الشهادة ، فتنتفي الرخصة.

اما الأول : فظاهر ، لأن الشهادة على شهادتهن ليس مما يتعذر اطلاع الرجال عليه. واما الثاني : فلأن الرخصة انما هو خوف الوفاة ، وتعذر الرجال على الوصية ، وليس هذا موجودا في صورة النزاع ، وأيضا : السبب الشرعي لا يتعدى فيه النص. (الثاني) ما يقبل فيه شهادتهن مع الرجال. والحكم فيه كالأول لا يختلف.

(١) السرائر : باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ١٨٥ س ١٠ قال : لا مدخل للنساء في الشهادة على الشهادة سواء كان الحق مما يشهد فيه النساء ، أولا يشهدن فيه.

(٢) الشرائع : في الشهادة على الشهادة قال : وتقبل شهادة النساء على الشهادة إلى قوله : وفيه تردد ، أشبهه المنع.

(٣) القواعد : ج ٢ في الشهادات ، المطلب الثالث في العدد ص ٢٤٢ س ٨ قال : وهل تقبل شهادة النساء على الشهادة إلى قوله : الأقرب المنع.

(٤) الإيضاح : ج ٤ في الشهادات ، المطلب الرابع ، ص ٤٤٨ س ٩ قال : والأقوى عندي اختيار والدي في هذا الكتاب وهو انه لا مدخل لشهادة النساء على الشهادة مطلقا.

ولو شهد الفرع فأنكر شاهد الأصل ، فالمروي : العمل بأعدلهما ، فان تساويا ا طرح الفرع ، وفيه إشكال ، لأن قبول شهادة الفرع مشروط بعدم شاهد الأصل . ولا تقبل شهادة على شهادة على شهادة في شيء .

قال طاب ثراه : ولو شهد الفرع فأنكر شاهد الأصل ، فالمروي العمل بأعدلهما ، فان تساويا ا طرح الفرع ، وفيه إشكال ، لأن قبول الفرع مشروط بعدم شاهد الأصل . أقول : إذا شهد الفرع فحضر شاهد الأصل وأنكر اشهادته على شهادته ، فلا يخلو اما أن يكون ذلك قبل الحكم بالفرع ، أو بعده ، فهنا قسمان : (الأول) ان يكون قبل الحكم ، وفيه ثلاثة أقوال : الأول بطلان الشهادة ووقوف الحكم ، لان الفرع انما يحكم به لتعذر الأصل ، فمع حضوره لا حكم له . قاله الشيخ في المبسوط ^(١) وبه قال ابن حمزة ^(٢) وابن إدريس ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) . واحتجوا بوجوه :

- (١) المبسوط : ج ٨ في الشهادة على الشهادة ص ٢٣٣ س ١١ قال : وان كان قبل حكم الحاكم بشهادة الفرع ، لم يحكم بشهادة الفرع إلخ .
- (٢) الوسيلة : فصل في بيان كيفية تحمل الشهادة ص ٢٣٤ س ٢ قال : وان لم يحكم بقوله ، سمع من الأصل وحكم به .
- (٣) السرائر : باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ١٨٤ س ٣٤ قال : ومن شهد على شهادة آخر الى قوله : روي انه تقبل شهادة أعدلهما ، إلى قوله : فالأولى ان يبطل شهادة الفرع إلخ .
- (٤) لاحظ عبارة النافع .
- (٥) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧١ س ٢٥ قال : والوجه ان نقول : الى قوله : وان كان قبل الحكم بطلت شهادة الفرع .

(أ) ان الثاني فرع والأول أصل ، والأصل أقوى من الفرع ، فلا يعمل بالضعيف ويهمل القوى.

(ب) ان الأصل يشهد على علمه ، والفرع يشهد على شيء لا يحققه ولا يعلمه ، فالظن الحاصل من شهادة الأول أقوى من الثاني.

(ج) ان الفرع يثبت شهادة الأصل ، فشهادته مبنية على شهادته ، فكيف يعمل بها مع تنافيهما.

(د) ان الفرع انما يحكم به لتعذر الأصل ، ومع وجوده لا يقبل قول الفرع أصلاً.
(الثاني) العمل بأعدلهما ومع التساوي يعمل بالأصل ، قاله الشيخ في النهاية ^(١) وبه قال الصدوقان ^(٢) والقاضي ^(٣).

لصحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام : في رجل شهد على شهادة رجل ، فجاء الرجل فقال : اني لم اشهد ، قال : يجوز شهادة أعدلهما ، وان كانت عدالتهما واحدة لم يجوز شهادته ^(٤).

(الثالث) قال أبو علي : لو كان عدلاً . يعني شاهد الأصل . ولم يكن تغيرت حاله ، فأنكر الشهادة عليه ، لم يقبل قول شاهد واحد عليه حتى يكونا شاهدين ،

(١) النهاية : باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ٣٢٩ س ١ قال : ومن شهد على شهادة آخر الى قوله : قبلت شهادة أعدلهما إلخ.

(٢) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧١ س ١٣ قال : وقال علي بن بابويه في رسالته : الى قوله : فإنه يقبل قول أعدلهما إلخ.

(٣) المنع : باب القضاء والاحكام ص ١٣٣ س ١٧ قال : وإذا حضرا الى قوله : فإنه يقبل قول أعدلهما.

(٤) المهذب : ج ٢ ، الشهادة على الشهادة ص ٥٦١ س ٢ قال : وإذا شهد إنسان على شهادة آخر الى قوله : قبلت شهادة أعدلهما.

(٥) الفقيه : ج ٣ (٣١) باب الشهادة على الشهادة ص ٤١ الحديث ٣.

الرابع : في اللواحق

وفيه مسائل :

(الأولى) إذا رجع الشاهدان قبل القضاء لم يحكم ، ولو رجعا بعد القضاء لم ينقض الحكم وضمن الشهود.

وفي النهاية : ان كانت العين قائمة ارتفعت ولم يغرم ، وان كانت تالفة ضمن الشهود.

(الثانية) إذا ثبت انهما شاهدا زور نقض الحكم واستعيدت العين مع بقائها ، ومع تلفها ، أو تعذرهما ، يضمن الشهود.

فحينئذ لا يلتفت الى جحوده ^(١) ، فلم يعتبر الأعدل.

(القسم الثاني) ان يكون بعد الحكم ، فلا ينقض قطعا ، وقال ابن حمزة : يأخذ بأعدلهما ، وان تساويا نقض الحكم ، وان كان ذلك قبل الحكم سمع من الأصل وحكم به ^(٢).

قال طاب ثراه : إذا رجع الشاهدان قبل القضاء لم يحكم ، ولو رجعا بعد القضاء لم ينقض الحكم وضمن الشهود وفي النهاية : ان كانت العين قائمة ارتفعت ولم يغرم ، وان كانت تالفة ضمن الشهود.

أقول : إذا رجع الشاهدان بعد الحكم لم ينقض الحكم ، لأصالة الصحة ، وعدم التسلط على ابطال حق المسلم بقول الشاهد لتكذيبه لهذا الإقرار بشهادته أولا ،

(١) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧١ س ١٦ قال : وقال ابن الجنيدي : لو كان عدلا الى قوله : لا يلتفت الى جحوده.

(٢) الوسيلة : فصل في بيان كيفية تحمل الشهادة ص ٢٣٤ س ١ قال : وان كذبه وتساويا في العدالة نقض الحكم ، وان تفاوتتا أخذ بقول أعدلهما.

وأيضاً إذا تناقض قولاً الشاهد ووجد الترجيح في أحدهما عمل به ، والترجيح موجود في الأول لأن الأصل صحة الحكم وثبوت حق المحكوم له ، ولهذا لا يحكم لو كان الرجوع قبل الحكم ، لعدم الترجيح ، فيتساقطان ، ويرجع بالبطلان.

هذا مذهب الشيخ في كتابي الفروع ^(١) ^(٢) وبه قال ابن إدريس ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥).

ولا فرق بين ان يكون ذلك قبل الاستيفاء ، أو بعده.
وقال في النهاية : إذا كان قبل الاستيفاء ، أو بعده والعين قائمة ، نقض الحكم وردت العين الى مالكتها ولا ضمان ^(٦) وبه قال القاضي ^(٧) وابن حمزة ^(٨).
احتجوا : بأن الحق ثبت بشهادتهما ، فيسقط برجوعهما كالقصاص والحد.

-
- (١) المبسوط : ج ٨ فصل في الرجوع عن الشهادة ص ٢٤٦ س ٣ قال : إذا شهد الشهود ثم رجعوا ، الى قوله : فان رجعوا قبل الحكم لم يحكم إلخ.
(٢) الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٧٤ قال : إذا شهد شاهدان بحق وعرف عدالتهما ثم رجعا الى قوله : لم يحكم.
(٣) السرائر : باب الحكم بالشاهد الواحد مع اليمين ص ١٩٠ س ١ قال : ومتى شهدا على رجل ثم رجعا الى قوله : طرحت شهادتهما إلخ.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) القواعد : ج ٢ ص ٢٤٥ قال : المطلب الثالث في المال : إذا رجع الشاهدان أو أحدهما قبل الحكم ، لم يجز الحكم ولا غرم.
(٦) النهاية : باب شهادات الزور ص ٣٣٦ س ١٢ قال : ومتى شهدا على رجل بدين ثم رجعا قبل ان يحكم الحاكم طرحت شهادتهما.
(٧) المهذب : ج ٢ باب شهادة الزور ص ٥٦٤ س ٧ قال : وإذا شهد اثنان على رجل ثم رجعا عن ذلك قبل ان يحكم الحاكم طرحت شهادتهما.
(٨) الوسيلة : فصل في بيان حكم الرجوع عن الشهادة ص ٢٣٤ س ٨ قال : فان رجعوا قبل الحكم بطلت شهادتهم.

(الثالثة) لو كان المشهود به قتلا ، أو رجما ، أو قطعاً ، فاستوفى ثم رجع الشهود ، فان قالوا تعمدنا اقتص منهم أو من بعضهم ، ويرد البعض ما وجب عليهم ، ويتم الولي ان بقي عليه شيء.

ولو قالوا : أخطأنا لزمتهم الدية. ولو قال بعضهم : أخطأنا لزمه نصيبه من الدية ، ولم يمض إقراره على غيره. ولو قال : تعمدت رد عليه الولي ما يفضل ، ويقتص منه ان شاء. وفي النهاية : يرد الباقي من شهود الزنا ثلاثة أرباع الدية ، ويقتل ، والرواية صحيحة السند ، غير ان فيها تسلطاً على الأموال المعصومة بقول واحد.

وأجيب : بالفرق فإن القصاص يسقط بالشبهة ، بخلاف المال ^(١).

احتج الأولون بوجهه :

- (أ) ان الحكم نفذ باجتهاد الحاكم ، فلا ينقض بالاحتمال ، لجواز كذبهم في الرجوع.
- (ب) ان الرجوع بعد الشهادة كالإنكار بعد الإقرار ، وهو غير مسموع.
- (ج) ان الرجوع ليس بشهادة ، ولهذا لا يفتقر الى لفظ الشهادة ، فلا يسقط حق المشهود له بما ليس بشهادة ، لاختصاص المبتل للحق ، في الشهادة والإقرار ، ولم يحصل منه إقرار.
- (د) ان الشهادة تثبت الحق ، فلا يزول بالطارئ كالفسق ، ويضمنان للمشهود عليه ، لاعترافهما بإتلاف حقه.

قال طاب ثراه : وفي النهاية يرد الباقي من شهود الزنا ثلاثة أرباع الدية

(١) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٥ س ١٧ قال : احتجوا بأن الحق إلخ.

ويقتل ، والرواية صحيحة السند غير ان فيها تسلطا على الأموال المعصومة بقول واحد.
أقول : إذا قال بعض شهود الزنا بعد الرجم : تعمدت الكذب (أو تعمدنا ، أو
أخطأت ، أو أخطأنا ، أو وهمت ، أو وهما) ^(١).

قال الشيخ في النهاية : كان لأولياء المقتول قتله ، ويؤدي الى ورثته ، الثلاثة ثلاثة
أرباع الدية ^(٢) فأجاز إقراره على باقي الشهود. وكذا لو كان المقر اثنان مضى إقرارهما على
الجميع ، نعم ليس لأولياء المقتول الا قتل المقرين خاصة ، وعلى الباقيين الدية ، فإن قتلوا
أكثر من واحد أتم ورثة المشهود عليه ما يعوز ، وتبعه القاضي ^(٣) وهو مذهب أبي علي ^(٤).
وقال ابن إدريس : إقرار الراجع على نفسه لا يتعداه الى غيره ، ولا ينقض الحكم ،
لأنه لا دليل عليه ^(٥) خصوصا وقد تلف المشهود عليه.

وحمل العلامة قول الشيخ ، على رجوع الجميع ، لكن بعضهم قال : تعمدت ،
وبعضهم أخطأنا ، فيكون الغرم على الشهود دون أولياء المقتول ^(٦) واختاره

(١) بين الهالين موجود في نسخة واحدة من النسخ الموجودة ، واما الباقية فخالية عنها.

(٢) النهاية : باب شهادة الزور ص ٣٣٥ س ١٠ قال : فان شهد أربعة رجال على رجل بالزنا وكان محصنا
فرجم ثم رجع أحدهم فقال : تعمدت ذلك ، قتل ، وادي إلى ورثته الثلاثة الباقيون ثلاثة أرباع الدية.
(٣) المذهب : ج ٢ باب شهادة الزور ، ص ٥٦٣ س ٧ قال : فان شهد أربعة رجال على رجل الى آخره كما
قاله الشيخ.

(٤) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٤ س ٧ قال : وقال ابن الجنيدي : وان قالوا : تعمدنا في الرجم وكان
قائل ذلك واحدا قتل به ان شاء ولي المقتول الى آخره.

(٥) السرائر : باب شهادة الزور ص ١٨٩ س ٨ قال : والذي يقوى في نفسي : ان إقراره جائز على نفسه لا
يتعداه الى غيره إلخ.

(٦) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٤ س ١١ قال : ويحمل قول الشيخ وابن الجنيدي على انهم رجعوا
بأجمعهم إلخ.

(الرابعة) لو شهدا بطلاق امرأة فزوجت ، ثم رجعا ، ضمنا المهر ، وردت إلى الأول بعد الاعتداد من الثاني ، وتحمل هذه الرواية على انها نكحت بسماع الشهادة ، لا مع حكم الحاكم ، ولو حكم لم يقبل الرجوع.

(الخامسة) لو شهد اثنان على رجل بسرقة ، فقطع ، ثم قالوا : أوهمنا والسارق غيره اغرما دية يد الأول ، ولم يقبلا في الأخير لما يتضمن من عدم الضبط.
(السادسة) تجب شهرة الشاهد الزور ، وتعزيزه بما يراه الامام ، حسما للجرأة.

المصنف (١).

احتج الشيخ بما رواه عن إبراهيم بن نعيم الأزدي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا ، فلما قتل رجع أحدهم عن شهادته ، فقال : يقتل الرابع ، ويؤدي الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية (٢).

احتج الآخرون : باختصاص حكم الإقرار بالمقر ، وبما رواه الشيخ عن ابن محبوب عن بعض أصحابه ، عن أبي عبد الله عليه السلام : في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا ، ثم رجع أحدهم بعد ما قتل الرجل؟ قال : ان قال الرابع : أوهمت ضرب الحد وغرم الدية ، وان قال : تعمدت قتل (٣).

قال طاب ثراه : لو شهدا بطلاق امرأة ، فتزوجت ، ثم رجعا ، ضمن المهر وردت

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البنات ص ٢٦٠ الحديث ٩٥.

(٣) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البنات ص ٢٦٠ الحديث ٩٦.

إلى الأول بعد الاعتداد من الثاني ، وتحمل هذه الرواية على انها نكحت بسماع الشهادة ، لا مع حكم الحاكم ، ولو حكم لم يقبل الرجوع.

أقول : قال الشيخ في النهاية : إذا شهدا بطلاق امرأة ، فاعتدت ، فتزوجت ، ودخل بها ، ثم رجعا ، وجب عليهما الحد ، وضمننا المهر للثاني ، وترجع المرأة إلى الأول بعد الاستبراء بعدة من الثاني^(١).

فقد اشتمل هذا الحكم على ثلاثة أحكام :

(أ) وجوب الحد عليهما ، والمراد به التعزير.

(ب) بطلان نكاح الثاني ورجوعها إلى الأول بعد الاعتداد من الثاني.

(ج) ضمان المهر للزوج الثاني.

أما وجوب التعزير : فموجبه ثابت ، وهو اعترافهما بالتزوير ، الا ان يدعي الخطأ والغلط ، فينبغي القول بسقوطه.

وأما بطلان نكاح الثاني ، فهو بناء على بطلان الحكم مع الرجوع كما هو مذهب الشيخ في النهاية^(٢) ومذهب النقي^(٣) خلافا لكتابي المبسوط والخلاف^(٤) ^(٥) وهو

(١) النهاية : باب شهادة الزور ص ٣٣٦ س ١ قال : وان شهد رجلان على رجل بطلاق امرأته إلخ.

(٢) تقدم نقل عبارته.

(٣) الكافي : الشهادات ، التكليف الخامس من الشهادات ص ٤٤١ س ١ قال : وإذا قامت البينة بطلاق وتزوجت المرأة إلخ.

(٤) الخلاف : كتاب الشهادات ، مسألة ٧٧ قال : إذا شهد شاهدان على طلاق امرأة بعد الدخول بها وحكم الحاكم بذلك ثم رجعا عن الشهادة لم يلزمهما مهر مثلها ولا شيء منه.

(٥) المبسوط : ج ٨ فصل في الرجوع عن الشهادة ص ٢٤٧ س ١٤ قال : وأما ان شهدا بالطلاق ثم رجعا الى قوله : وقال آخرون لا ضمان عليهما ، وهو الأقوى عندي.

مختار المصنف ^(١) والعلامة ^(٢) ، وبه قال ابن إدريس ^(٣) ونسب ما قاله الشيخ في النهاية الى اخبار الاحاد ^(٤) وحملها المصنف : على انها نكحت بمجرد الشهادة باجتهادها ، لا بحكم الحاكم بالفرقة ^(٥) وقال العلامة : لا بأس به ^(٦).

واما ضمنا المهر : فموجبه انهما فوتا عليه بضعا يستوفيه ، وأتلفاه عليه بشهادتهما ، فكان عليهما ضمانه ، قال العلامة في المختلف : وليس قول الشيخ بعيدا من الصواب ، لأنهما فوتا عليه البضع ، وقيمته المهر ، لكن الغرم للأول ، وقوله في الخلاف قوي أيضا ، فنحن في هذه المسألة من المتوقفين ^(٧) هذا آخر كلامه رحمه الله.

فالاخلاف في الثالث في مقامين :

(أ) هل يضمننا المهر أم لا؟

(ب) الضمان هل هو للأول أو الثاني؟ وهذا مبني على القول بنقض الحكم وعدمه.

فعلى الأول يكون الضمان للثاني ، لأن التفويت عليه.

وعلى الثاني يكون الضمان للأول ، لخروج البضع عن ملكه بشهادتهما.

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) القواعد : ج ٢ ، المطلب الثاني البضع ص ٢٤٥ س ٩ قال : لو شهدا بالطلاق ثم رجعا الى قوله : فان كان بعد الدخول لم يضمننا شيئا.

(٣) السرائر : باب شهادة الزور ص ١٨٩ س ١٧ قال : وان شهد رجلان على رجل بطلاق امرأته إلى قوله : وان كان بعد الدخول فلا شيء عليهما من المهر ، الى قوله بعد أسطر : وما أورده شيخنا في نهايته خبر واحد لا توجب علما ولا عملا.

(٤) السرائر : باب شهادة الزور ص ١٨٩ س ١٧ قال : وان شهد رجلان على رجل بطلاق امرأته إلى قوله : وان كان بعد الدخول فلا شيء عليهما من المهر ، الى قوله بعد أسطر : وما أورده شيخنا في نهايته خبر واحد لا توجب علما ولا عملا.

(٥) لاحظ عبارة النافع في قوله : وتحمل هذه الرواية على انها نكحت بسماع الشهادة لا مع حكم الحاكم.

(٦) المختلف ج ٢ في الشهادات ص ١٧٤ س ٢٦ قال : واما غرامة المهر فليس بعيدا من الصواب لأنهما فوتا عليه البضع ، الى قوله : فنحن في هذه المسألة من المتوقفين.

(٧) المختلف ج ٢ في الشهادات ص ١٧٤ س ٢٦ قال : واما غرامة المهر فليس بعيدا من الصواب لأنهما فوتا عليه البضع ، الى قوله : فنحن في هذه المسألة من المتوقفين.

.....

والتحقيق : ان في كمية الضمان ثلاثة أقوال :

(أ) ان كان قبل الدخول ضمنا نصف المهر ، وان كان بعده لم يضمنا ، لأنهما إنما يضمنان ما أتلغاه بشهادتهما ، قاله الشيخ في الخلاف ^(١) واختاره ابن إدريس ^(٢) والمصنف في الشرائع ^(٣).

وتوجيهه : ان المهر بعد الدخول تقرر به استقرارا لا يقبل الزوال ، فلم يحصل بشهادتهما إتلاف عليه ، لاستناد وجوب المهر الى فعله وهو الدخول بها قبل شهادتهما. واما قبل الدخول ، فنصف المهر الواجب عليه بشهادتهما كان في معرض السقوط بارتدادها ، أو فسخها لعيب في الزوج ، أو تحريمها النكاح بسبب إرضاعها من يفسد النكاح بإرضاعه ، فوجب عليهما ضمان النصف ، لتقريره بشهادتهما ، وهو بناء على عدم تضمين منفعة البضع.

قال في الخلاف : إذا شهدا عليه بالطلاق قبل الدخول ، وفرق الحاكم بينهما ، ثم رجعا ، غرما نصف المهر ، وان رجعا عن طلاق امرأة بعد الدخول لم يلزمهما مهر مثلها ، ولا شيئا منه ، لأن الأصل براءة الذمة ، فمن أوجب عليهما شيئا فعليه الدلالة. وأيضا ليس خروج البضع عن ملك الزوج له قيمة ، بدلالة أنه لو طلق زوجته في مرضه لم يلزم مهر مثلها من الثلث ، كما لو أعتق عبدا أو وهبه ، فلما بطل ذلك ثبت انه لا قيمة له ، وكان يجب أيضا ان لو كان عليه دين يحيط بالتركة وطلق زوجته في

(١) الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٧٧ قال : إذا شهد شاهدان على طلاق امرأة بعد الدخول بها ، وحكم الحاكم بذلك ثم رجعا عن الشهادة لم يلزمهما مهر مثلها إلخ.

(٢) السرائر : باب شهادة الزور ص ١٨٩ س ١٧ قال : وان شهد رجلان على رجل بطلاق امرأته إلى قوله : وان كان بعد الدخول فلا شيء عليهما من المهر ، لا نصفه ولا جميعه.

(٣) الشرائع : ج ٤ كتاب الشهادات ، في الطوارئ ، السابعة قال : إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا فان كان بعد الدخول لم يضمنا إلخ.

مرضه ، ان لا ينفذ الطلاق كما لا ينفذ العتق والعطاء ، فلما نفذ طلاقه ثبت انه لا قيمة له ، لخروجه عن ملكه ، فاذا ثبت انه لا قيمة له لم يلزمه ضمان كما لو أتلغا عليه ما لا قيمة له ^(١).

قلت : وهنا وجوه أخر يدل على عدم ضمان البضع .
كما لو ارتدت ، أو قتلت نفسها ، أو قتلها أجنبي فإن البضع يتلف على الزوج في هذه المواضع ولا يضمن إجماعا . وكذا لو غصب منه جارية ثم ماتت في يده بعد مدة ، فإنه يضمن للمالك قيمتها وقيمة منافعها وان لم يستوفها ، ولا يضمن قيمة البضع مع عدم الوطي .

(ب) قال في المبسوط : ان شهدا بالطلاق ثم رجعا قبل الدخول ، قال قوم : ضمنا نصف مهر المثل ، وقال قوم : نصف المسمى ، وهو الأقوى عندنا ، ومنهم من قال : ان كان مقبوضا لزمهما كمال المهر ، لأنه لا يسترد منه شيئا ، لأنه معترف ببقائه لبقاء الزوجية بينهما ، فلما حيل بينهما رجع بكليهما ، وان لم يكن مقبوضا رجع بالنصف ، لأنه لا يلزمه إلا اقباض نصفه ، ولهذا رجع بالنصف ، وهذا قوي .

وان رجعا بعد الدخول ، فعليهما مهر مثلها عند قوم ، وقال الآخرون : لا ضمان عليهما ، وهو الأقوى عندي ، لأن الأصل برأيه ذمتها ^(٢) .
وهذا الذي قواه أخيرا مثل قوله في الخلاف .

(ج) ضمان مهر المثل مع الدخول ونصفه مع عدمه قاله العلامة في التحرير ^(٣)

(١) الخلاف : كتاب الشهادات مسألة ٧٧ قال : (دليلنا) الى قوله : كما لو أتلغا عليه ما لا قيمة له .
(٢) المبسوط : ج ٨ فصل في الرجوع عن الشهادة ص ٢٤٧ س ١٤ قال : واما ان شهدا بالطلاق ، ثم رجعا إلخ وفي النقل تقلسم وتأخير .
(٣) التحرير : ج ٢ في أحكام رجوع الشهود ص ٢١٧ س ٤ في الهامش قال : وانما يضمن بمهر المثل مع الدخول لأنهما أتلغا البضع عليه .

لان الرجوع على الشاهد انما يكون بما يتلفه بشهادته ، وبشهادتهما في الطلاق قبل الدخول لم يتلفا نصف المهر ، لأنه واجب عليه بالعقد ، طلق أو لم يطلق ، وبعد الدخول لم يتلفا المهر ، لاستقراره في ذمته بالدخول ، وانما أتلفا بشهادتهما البضع عليه ، فيجب عليهما ضمانه ، وانما تضمن بمهر المثل ، فيجب مهر المثل مع الدخول ، لأنهما أتلفا البضع عليه ونصفه قبل الدخول لأنه إنما ملك نصف البضع ، ولهذا انما يجب عليه نصف المهر.

فهذا المذهب مأخذه مما حكاه في المبسوط عن قوم^(١).

وهو أول الاحتمالات المحكية في شقي المسألة ، أعني تقدير الرجوع قبل الدخول وبعده.

قال : ويحتمل تضمين نصف المسمى ان كان رجوع قبل الدخول ، لأنهما ألزما الزوج بشهادتهما وإقراره عليه ، فكان في معرض السقوط بالردة ، ثم قوى عدم التضمين مع الدخول ، لان البضع غير متقوم^(٢).

فالحاصل من هذه الأقوال والملخص منها : ان الرجوع اما قبل الدخول ، أو بعده ، فان كان قبل الدخول فقد وقع الاتفاق على التغريم ، لكن اختلفوا في كميته على ثلاثة أقوال :

(أ) فالمشهور بنصف المسمى ، وفي التحرير نصف مهر المثل^(٣) وحكاه في

(١) المبسوط : ج ٨ فصل في الرجوع عن الشهادة ص ٢٤٧ س ١٥ قال : فعليهما مهر مثلها عند قوم ، وهذه العبارة مأخوذة من التحرير حرفا بحرف ، لاحظ ج ٢ ص ٢١٧ س ٢.

(٢) التحرير : ج ٢ في أحكام رجوع الشهود ص ٢١٧ س ٤ قال : ويحتمل ما ذكرناه أولا من تضمين نصف المسمى ان كان قبل الدخول إلخ.

(٣) التحرير : ج ٢ في أحكام رجوع الشهود ص ٢١٧ س ٤ قال : ونصفه (اي مهر المثل) قبل الدخول.

المبسوط عن قوم^(١) وكلّ المهر ان كان ذلك بعد قبضه ونصفه قبل قبضه ، وهو الذي قواه في المبسوط عن الآخرين^(٢) وان كان بعد الدخول ، فالأكثر على عدم الضمان ، والقائل بالضمان فريقان ، فريق أوجب مهر المثل وهو الذي صدر به في التحرير^(٣) وحكاه في المبسوط عن قوم ، وفريق أوجب المسمى ، واختلفوا فمنهم من أوجبه للثاني وهو التقي^(٤) والشيخ في النهاية^(٥) وهو بناء على نقض الحكم ، ومنهم من أوجبه للأول وهو الذي يقتضيه أصول المذهب على القول بضمان البضع وعدم نقض الحكم ، وجعله العلامة في المختلف ليس بعيدا من الصواب^(٦).

واعلم ان استناد الشيخ في النهاية إلى رواية ابن أبي عمير ، عن إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهدين شهدا على امرأة على ان زوجها طلقها ، فتزوجت ثم جاء زوجها فأنكر الطلاق ، قال : يضريان الحد ويضمنان الصداق للزوج ، ثم تعتد ، ثم ترجع الى زوجها الأول^(٧).

(١) المبسوط : ج ٨ فصل في الرجوع عن الشهادة ص ٢٤٧ س ١٩ قال : ومن قال بهذا منهم ، من قال : نصف مهر المثل.

(٢) المبسوط : ج ٨ فصل في الرجوع عن الشهادة ص ٢٤٧ س ٢١ قال : ومنهم من قال : ان كان المهر مقبوضا لزمهما كمال المهر ، وان لم يكن مقبوضا لزمهما نصف المهر.

(٣) التحرير : ج ٢ في أحكام رجوع الشهود ص ٢١٧ س ٤ في الهامش قال : فيجب عليهما ضمانه ، وانما يضمن بمهر المثل إلخ.

(٤) الكافي : التكليف الخامس في الشهادات ص ٤٤١ س ٢ قال : اغرما أو أحدهما المهر للزوج الثاني ان كان دخل بها.

(٥) النهاية : باب شهادات الزور ص ٣٣٦ س ٢ قال : وضمننا المهر للزوج الثاني.

(٦) المختلف : ج ٢ في الشهادات ص ١٧٤ س ٢٦ قال : وأما غرامة المهر فليس قول الشيخ فيه بعيدا من الصواب.

(٧) التهذيب : ج ٦ (٩١) باب البيّنات ص ٢٦٠ الحديث ٩٦.

.....

وهي منافية للأصول من وجوه :

(أ) إيجاب الحد عليهما ، وليس له موجب.

(ب) وجوب ضمان المهر ، ولا يوجب في مثل هذا الباب الا رجوعهما بعد الحكم ،
وليس فيها ما يدل على الرجوع أصلاً.

(ج) وجوب الاعتداد وهو منوط بالدخول وليس في الرواية ما يدل عليه.

فحملها الشيخ في النهاية على الدخول والرجوع ^(١) وحمل ابن إدريس الحد على
التعزير ^(٢) وحملها المصنف على التزويج باجتهادها لا بحكم الحاكم ^(٣).

(١) النهاية : باب الشهادات الزور ص ٣٣٦ س ١ قال : وإن شهد رجلان على رجل بطلاق امرأته ، فاعتدت
فتزوجت ودخل بها.

(٢) السرائر : باب شهادة الزور ص ١٨٩ س ٢٢ قال : قال محمد بن إدريس : قوله : (أي الشيخ) ويضريان
الحد ، يريد بذلك التعزير فسماه حداً ، لأنه لا يجب على كل واحد منهما حد لكن لا يخفى أن الشيخ لم يسمه
حداً ، بل هو مضمون الحديث كما تقدم.

(٣) لاحظ عبارة النافع في قوله : وتحمل هذه الرواية على أنها نكحت بسماع الشهادة ، لا مع حكم الحاكم.

فهرست المطالب

كتاب اللعان

النظر الأول : في اللعان	٥
كتاب اللعان مقدمة في معنى اللعان	٥
كيفية اللعان وترتيبه	٦
النظر الثاني : في شرائط اللعان	٧
لعان الكافر	٧
اعتبار الدخول بالزوجة فيه	١٠
حكم اللعان بين الحر والمملوكة	١٢
النظر الثالث : في الكيفية	١٢
النظر الرابع : في أحكام اللعان	١٤
لو اعترف الأب بالولد بعد لعانه	١٤
لو اعترفت بعد اللعان بالزنا	١٦
لو طلق فادعت الحمل منه فأنكر	١٧
إذا قذفها فماتت قبل اللعان	١٩
خاتمة فيها أبحاث	٢٢
هل اللعان لنفي الولد خاصة؟	٢٢

- ٢٤..... هل اللعان أيمان أو شهادات؟
- ٢٥..... تشابه اللعان في أحكامه للشهادة واليمين
- ٢٧..... حكم اللعان في الشبهة.
- ٢٨..... حكم اللعان إذا تحقق عدم التحاقه به.
- ٢٩..... لعان الحامل
- ٣٠..... اشتراط دعوى المشاهدة في قذف الزوج
- ٣٠..... موارد اللعان بين غير الزوجين.
- ٣٢..... الاحكام المترتبة على اللعان

كتاب العتق

- ٣٥..... مقدمة في معنى العتق لغة وشرعا.
- ٣٦..... أسباب زوال الرق.
- ٣٧..... آداب العتق
- ٣٨..... هل يعتق بالرضاع من يعتق بالنسب؟
- ٤١..... صيغة العتق
- ٤١..... حكم اليمين بالعتق
- ٤٢..... حكم العتق المشروط
- ٤٤..... حكم عتق الصبي
- ٤٥..... حكم عتق الكافر
- ٤٨..... هل للورثة استخدام مملوك المولى؟
- ٤٩..... حكم النفقة على المعتق في مدة الخدمة.
- ٥٠..... لو نذر تحرير أول مملوك يملكه فملك جماعة.
- ٥٢..... حكم مال المعتق
- ٥٩..... عتق السراية.

٦٢..... عتق الحامل

٦٤..... في وجوب العتق بالإقعد

٦٤..... خلاصة العوارض الموجبة للعتق

كتاب التدبير

٦٩..... معنى التدبير

٧٠..... هل يشترط القرية في التدبير؟

٧١..... لو رجع في تدبير أم الولد

٧٢..... تدبير الحبل

٧٥..... حكم التدبير من الكافر

٧٦..... حكم الرجوع في التدبير

٧٨..... حكم بيع المدير

٨٠..... تفريع في المقام

٨١..... تقدم الدين على التدبير

٨٢..... لو جعل خدمة عبده لغيره

٨٥..... الكتابة لغة وشرعا

٨٦..... استقلال الكتابة بنفسها

٨٨..... لو باع السيد عبده من نفسه بثمان مؤجل

٨٩..... أركان المكاتب

٨٩..... حد العجز عن أداء الكتابة

٩٢..... شروط المالك المكاتب

٩٣..... حكم كتابة الكافر

٩٤..... شروط العوض

٩٥..... حكم ورثة المكاتب

٩٩.....	في ذكر الاستيلاء
٩٩.....	الاستدلال على جواز الوطئ بملك اليمين
١٠٠.....	أحكام الاستيلاء
١٠١.....	لو لم يخلف الميت سوى أم الولد
١٠٢.....	مناقشة في رواية محمد بن قيس
١٠٣.....	موارد جواز بيع أم الولد
١٠٦.....	فرع : لو مات ولدها من ولد

كتاب الاقرار

١٠٩.....	أركان الاقرار
١٠٩.....	تعريف الاقرار
١١٠.....	لو قال : لي عليك كذا فقال : نعم
١١٢.....	شروط المقر والمقر له والمقر به
١١٣.....	الكناية في الاقرار
١١٥.....	الاستثناء في الاقرار وشروطه
١١٦.....	تعقيب الاقرار بما ينافيه
١١٦.....	الاقرار بالنسب

كتاب الأيمان

١٢١.....	النظر الأول : ما به ينعقد
١٢١.....	تعريف اليمين
١٢٣.....	الاستدلال على وقوع اليمين
١٢٣.....	حكم اليمين بغير الله
١٢٥.....	حكم الاستثناء في اليمين بالمشيئة
١٢٧.....	النظر الثاني : الحالف
١٢٧.....	حكم اليمين من الكافر

- النظر الثالث : في متعلق اليمين ١٢٨
- مناقشة في رواية ابن عطية ١٢٩
- رواية أبي بصير في المقام ١٣٠

كتاب النذور والعهود

- النظر الأول : في ما يعتبر في النذر ١٣٣
- تعريف النذر ١٣٣
- أنواع النذر ١٣٤
- النظر الثاني : في الصيغة ١٣٥
- حكم التبرع بالنذر ١٣٥
- إذا لم يتلفظ بالجلالة ١٣٧
- النظر الثالث : في متعلق النذر ١٣٨
- النظر الرابع : في اللواحق ١٤٠
- لو عجز عن صوم النذر ١٤١
- حكم النذر المعلق بشرط ١٤٢
- مناقشة في رواية إسحاق بن عمار ١٤٣
- رواية رفاعة في المقام ١٤٤
- لو نذر أن لا يبيع مملوكا أبدا ١٤٥

كتاب الصيد والذبائح

- علة عنوان الكتاب بالصيد والذبائح ١٤٧
- علة عنوان الكتاب بالصيد والذبائح ١٤٩
- الاصطيد لفظ مشترك في الشرع ١٥٠
- الاستدلال على إباحة الصيد ١٥١
- حكم قطع الصيد بالسيف اثنتين ١٥٣

إذا أدرك الصيد وفيه حياة مستقرة	١٥٦
حكم رمي الصيد بما هو أكبر منه	١٥٨
الفصل الأول : شروط الذابح	١٥٩
اشتراط الاسلام في الذابح	١٥٩
اشتراط الايمان في الذابح	١٦٢
الفصل الثاني : في الآلة	١٦٣
حكم التذكية بالظفر والسن	١٦٣
الفصل الثالث : في كيفية الذبح	١٦٧
اشتراط قطع الأوداج الأربعة	١٦٧
اشتراط الحركة بعد التذكية	١٦٨
اشتراط الحركة وخروج الدم	١٧٠
حكم إبانة الرأس بالذبح	١٧١
حكم سلخ الذبيحة قبل بردها	١٧٢
في المسائل الخلافية	١٧٣
حكم قلب السكين بالذبح	١٧٣
كيفية ذكاة السمك	١٧٥
في ذكاة الجنين	١٧٦

كتاب الأطعمة

القسم الأول : في حيوان البحر	١٨٣
إلحاق المستطاب بالمحلل	١٨٤
حكم المحرمات عند الضرورة	١٨٦
حكم التداوي بالخمر	١٨٦
حكم الجري	١٨٨

١٩١	لو وجد في جوف سمكة سمكة أخرى
١٩٣	لو قذفت الحية سمكة
١٩٤	لو اختلط السمك الحي بالميت
١٩٦	فروع في المقام
١٩٧	القسم الثاني : في البهائم
١٩٧	حكم الجلال
١٩٨	ما به يحصل الجلل
٢٠١	ما يزول به حكم الجلل
٢٠٦	القسم الثالث : في حكم الطير
٢٠٧	بحث في تحليلها
٢٠٨	تحقيق في أقسامها الأربعة
٢١٠	حكم الخطاف
٢١٢	القسم الرابع : في الجامد
٢١٣	حكم الانتفاع بالميتات
٢١٤	ما يحرم من الذبيحة
٢١٧	حكم الفرج والعباء
٢١٩	الأعيان النجسة
٢١٩	حكم العجين النجس والطين
٢٢٠	أحكام التربة الحسينية
٢٢١	القسم الخامس : في المائعات
٢٢١	الفرق بين الطين الأرمني والتربة الحسينية
٢٢٢	حكم الدم
٢٢٣	لو وقع الدم في قدر تغلي

٢٢٥	حكم المائع إذا لاقاه ذمي
٢٢٧	هل يحرم بول ما يوكل لحمه؟
٢٢٩	حكم شعر الخنزير
٢٣١	حكم الاستقاء بجلود الميتة
٢٣٢	حكم اللحم المشتبه
٢٣٣	إذا اختلط الذكي بالميت
٢٣٦	حكم الاكل من مال الغير
٢٣٨	لو بقي في الخل خمر

كتاب الغصب

٢٤٥	النظر الأول : في تعريفه
٢٤٧	حكم غصب العقار
٢٤٨	حكم تلف المغصوب بيد الغاصب
٢٤٩	لو حبس صانعا ولم يستعمله
٢٥٠	النظر الثاني : في الاحكام
٢٥٠	حكم رد المغصوب
٢٥١	حكم رد المثل أو القيمة
٢٥٣	حكم الجناية على العبد المغصوب
٢٥٤	النظر الثالث : في اللواحق
٢٥٥	حكم شراء المغصوب
٢٥٦	لو تلف المغصوب واختلفا في القيمة

كتاب الشفعة

٢٥٩	تعريف الشفعة
٢٦٠	النظر الأول : ما تثبت فيه

٢٦٠	حكم الشفعة في المنقول
٢٦١	أقوال الأصحاب في محل الشفعة
٢٦٤	حكم الشفعة فيما لا يقسم
٢٦٦	حكم الشفعة في الوقف
٢٦٧	النظر الثاني : في الشفيع
٢٦٨	النظر الثالث : في كيفية الاخذ
٢٧٠	حكم التأخير في المطالبة
٢٧٣	حكم المطالبة لو اشترى بضمن مؤجل
٢٧٤	حكم الشفعة مع ظهور أمانة الرضا بالبيع
٢٧٥	هل تبطل بنزول الشفيع عنها قبل البيع
٢٧٧	هل تبطل بإذن الشفيع قبل البيع
٢٧٨	حكم توريث الشفعة

كتاب إحياء الموات

٢٨٣	معنى الإحياء والموات
٢٨٥	حكم الطريق المبتكر إذا تشاح أهله
٢٨٦	إذا اشترى داراً فيها زيادة من الطريق
٢٨٨	حكم بيع دار مجهولة المالك

كتاب اللقطة

٢٩٣	تعريف اللقطة
٢٩٤	الأصل في اللقطة
٢٩٦	القسم الأول : في اللقيط
٢٩٦	حكم اشتراط الاسلام في ملتقط الطفل
٢٩٨	القسم الثاني : في الضوال

٢٩٨	حكم الشاة إذا وجدت في الفلاة.....
٣٠٣	حكم الانفاق على الضالة.....
٣٠٤	لو كان للضالة نفع.....
٣٠٦	القسم الثالث : وفيه فصول :
٣٠٦	الأول : في اللقطة
٣٠٦	نصاب تعريف اللقطة
٣٠٨	حكم لقطة الحرم
٣٠٩	هل تملك لقطة الحرم؟.....
٣١٠	لو تصدق بها بعد الحول.....
٣١١	حكم اللقطة في جوف سمكة
٣١٤	إذا وجد شيئاً في جوف دابة
٣١٥	حكم التقاط نصاب التعريف
٣١٦	حكم تملك اللقطة بحول الحول.....
٣١٧	الثاني : اشتراط أهلية الاكتساب في الملتقط.....
٣١٧	حكم لقطة المملوك
٣١٨	الثالث : في الاحكام.....
٣١٨	هل يكفي الوصف في دفع اللقطة؟.....
٣٢٠	في ذكر الجعالة
٣٢٠	تعريف الجعالة لغة وشرعا.....
٣٢١	حكم الجعل للآبق.....

كتاب المواريث

وفيه مقدمات :

٣٢٥	الأولى : في موجبات الإرث.....

٣٢٥	تعريف الإرث لغة وشرعا
٣٢٧	الثانية : في موانع الإرث
٣٢٧	الاستدلال على ثبوت الإرث
٣٢٨	استحباب التفقه في الموارث
٣٣١	إذا كان أحد الزوجين مسلماً وباقي الورثة كفار
٣٣٥	رواية مالك بن أعين في ورثة النصراني
٣٣٩	حكم ميراث المرتد
٣٤٥	لو ارتدت ذات البعل
٣٤٥	حكم توارث المسلمين على اختلاف مذاهبهم
٣٤٦	لو مات المرتد ولم يكن له وارث مسلم
٣٤٧	مانعية القتل عن الإرث
٣٥١	اعتبار الدية كأموال الميت
٣٥١	في ميراث دية المقتول
٣٥٥	إذا لم يكن للمقتول عمدا وارث
٣٥٥	مانعية الرق عن الإرث
٣٥٦	لو قصر المال عن قيمة العبد
٣٦٠	حكم شراء الوارث مع وفاء التركة بقيمته
٣٦٥	الثالثة : في السهام
٣٧١	حكم التعصيب
٣٧٢	حكم العول
٣٧٢	المقصد الأول : في مراتب الأنساب
٣٧٣	المرتبة الأولى : الآباء والأولاد
٣٧٤	قيام الأولاد مقام الآباء

٣٧٨	حبوة الولد الأكبر
٣٨٤	شروط حجب الاخوة للام
٣٨٥	حكم حجب القتلة
٣٨٦	المرتبة الثانية : الاخوة والأجداد
٣٨٧	لو أبقت الفريضة مع ولد الام
٣٨٩	حكم اجتماع الأجداد المختلفون
٣٩٣	المرتبة الثالثة : الأعمام والأخوال
٣٩٣	هل يتغير الحكم بتعدد العم
٣٩٤	هل يتغير الحكم بتبديل الذكورة بالأنوثة؟
٣٩٦	حكم اجتماع الأخوال والأعمام
٣٩٨	المقصد الثاني : في ميراث الأزواج
٣٩٩	الموارد التي لا تورث
٤٠٠	ما تحرمه الزوجة من الميراث
٤٠٤	المقصد الثالث : في الولاء ، وفيه أقسام :
٤٠٤	الأول : ولأء العتق
٤٠٥	إذا عدم المنعم
٤٠٦	حكم انتقال الولاء بعد موت المنعم
٤٠٨	حكم وراثه الولاء والإرث به
٤٠٩	الثاني : ولأء تضمن الجريرة
٤٠٩	الثالث : ولأء الإمامة
	في اللواحق :
٤١٠	الأول : في ميراث ابن الملاعنة
٤١٣	في ميراث ولد الزنا

٤١٥	في ميراث الحمل
٤١٦	حكم مال المفقود
٤٢١	لو تبرأ من جريرة ولده وميراثه
٤٢٢	الثاني : في ميراث الخنثى
٤٣١	الثالث : في الغرقى والمهدوم عليهم
٤٣١	لو ماتوا بغير سبب الهدم والغرق
٤٣٢	كيفية التوريث
٤٣٧	الرابع : في ميراث المجوس
٤٤٠	لو خلفت جدة هي أخت
٤٤١	خاتمة : في حساب الفرائض
٤٤٣	تتمة : في المناسحات
٤٤٥	خاتمة : في تحقيق فقه الموارث

كتاب القضاء

٤٤٩	وفيه مقدمات : الأولى : تعريف القضاء
٤٥١	وفيه مقدمات : الأولى : تعريف القضاء
٤٥١	الثانية : الاستدلال على مشروعية القضاء
٤٥٢	الثالثة : كفاية فرض القضاء
٤٥٣	الرابعة : حرمة تولى القضاء على غير الواثق بنفسه
٤٥٥	الخامسة : أقسام الناس في القضاء
٤٥٦	النظر الأول : في صفات القاضي
٤٥٦	شرط العلم بالكتابة
٤٥٧	شرط البصر
٤٥٩	شرط الحرية

٤٥٩	النظر الثاني : في الآداب.
٤٦١	حكم قضاء الحاكم بعلمه
٤٦٦	لو جهل الحاكم بعدالة الشاهدين
٤٦٧	النظر الثالث : في كيفية الحكم
٤٦٧	المقصد الأول : في وظائف الحاكم
٤٦٨	المقصد الثاني : في جواب المدعى عليه
٤٦٨	لو ادعى الاعسار
٤٧٠	لو ادعى غياب البيئة
٤٧٢	حكم الدعوى في مجلس الحلف وغيره
٤٧٣	إذا نكل المنكر عن اليمين
٤٧٧	المقصد الثالث : في كيفية الاستحلاف
٤٧٨	كيفية تحليف الأخرس
٤٧٩	حكم المدعي ولا شاهد له
٤٨٠	حكم حضور القاسم في القسمة
٤٨١	المقصد الرابع : في الدعوى وفيه فصول :
٤٨١	الأول : في المدعي
٤٨٣	حكم سماع الدعوى المجهولة
٤٨٤	حكم الخارج من البحر بعد انكسار السفينة
٤٨٦	حكم ضياع المال بالاختلاط
٤٨٧	الثاني : في الاختلاف في الدعوى
٤٨٧	إذا تداعيا حصا
٤٨٨	إذا ادعى أبو الميثة عارية بعض متاعها

٤٨٩	لو تداع الزوجان متاع البيت
٤٩١	الثالث : في تعارض البيئات
٤٩٢	أسباب الترجيح في المتعارضين
٤٩٤	حكم التعارض إذا وقع في المعين
٤٩٦	هل يفتقر إلى اليمين بتقديم بيئة الداخل؟
٤٩٩	حكم الاشتراك في الترجيح وعدمه

كتاب الشهادات

٥٠٥	النظر الأول : في صفات الشاهد
٥٠٥	تعريف الشهادة لغة ، واصطلاحاً
٥٠٧	حكم شهادة الصبي
٥١٠	حكم شهادة الذمي
٥١٥	حكم شهادة القاذف
٥١٩	حكم شهادة الولد على أبيه
٥٢٣	حكم شهادة ذو الصحبة
٥٢٥	حكم شهادة المملوك
٥٢٨	حكم شهادة ولد الزنا
٥٣٢	حكم التبرع بالأداء قبل الاستنطاق
٥٣٤	حكم شهادة الأصم
٥٣٥	حكم شهادة النساء في الرضاع
٥٣٩	حكم شهادة النساء في الوصية والاستهلال
٥٤٠	شهادة النساء مع الرجال في الديون
٥٤١	الشهادة في الأهلة وثبوت ولاية القاضي والبلوغ
٥٤٢	شهادة النساء في الجنائيات

٥٤٤	شهادة النساء في الحدود.
٥٤٩	شهادة النساء في الطلاق
٥٥١	شهادة النساء في النكاح.
٥٥٣	شهادة النساء في الرضاع
٥٥٤	شهادة النساء في الوكالة والوصية والعتق والنسب والكتابة
٥٥٥	شهادة النساء في الوديعة والجناية الموجبة للقود
٥٥٥	شهادة النساء في المال والولادة والاستهلال
٥٥٦	أقسام ما يقبل فيه شهادة النساء
٥٥٧	النظر الثاني : فيما يصير به شاهدا.
٥٥٨	لو دعي لتحمل الشهادة
٥٦٠	كفاية الشهادة بالتصرف على الملك.
٥٦٣	إناطة الشهادة بالذكر
٥٦٦	النظر الثالث : في الشهادة على الشهادة.
٥٦٧	حكم الشهادة على شهادة النساء.
٥٧٠	لو شهد الفرع فأنكر شاهد الأصل
	النظر الرابع : في اللواحق :
٥٧٢	إذا رجع الشاهدان قبل القضاء
٥٧٤	لو رجع الشهود بعد إقامة الحد.
٥٧٦	لو شهدا بطلاق امرأة فتزوجت ثم رجعا